

## **PRAVNI REŽIM ZA KONCENTRACIJE PODUZETNIKA U PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA EZ I HRVATSKE S POSEBNIM OSVRTOM NA MJERE RESTRUKTURIRANJA KONCENTRACIJA I MJERE PRAĆENJA PONAŠANJA SUDIONIKA KONCENTRACIJE**

Dr. sc. Dubravka Akšamović,  
viša asistentica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 339.13::061.1  
339.13::497.5  
Ur.: 29. rujna 2008.  
Pr.: 25. studenog 2008.  
Pregledni znanstveni članak

*U radu se razmatra aktualna problematika o koncentracijama, s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja poduzetnika i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije, kojima se pribjegava u slučaju spornih koncentracija.*

*Koncentracije poduzetnika, kao jedan od tri instituta kojim se bavi pravo i praksa tržišnog natjecanja, predstavljaju zabranjeno djelo prava tržišnog natjecanja, ako je njihov učinak na tržištu, stvaranje i/ili jačanje vladajućeg položaja i slabljenje tržišnog natjecanja.*

*Kako bi se utvrdili mogući učinci koncentracije na tržišno natjecanje, ali i kako bi se prevenirao nastup štetnih posljedica neke koncentracije na tržišno natjecanje, u svim se suvremenim zakonodavstvima o tržišnom natjecanju, provodi postupak kontrole koncentracija.*

*Cilj je takva postupka, u prvom redu spriječiti one koncentracije za koje se neosporno u postupku njihove ocjene utvrdi da će ograničavajuće i štetno djelovati na slobodno tržišno natjecanje. Međutim, u novije se vrijeme, uvažavajući nužnost jačanja konkurentnosti poduzetnika u uvjetima dinamičnog tržišnog natjecanja, postupak ocjene koncentracije često okončava na način da sudionici neke sporne koncentracije izmjene okolnosti koncentracije i u dogovoru s nadležnim tijelom riješe sporni problem konkurencije.*

*To se postiže određivanjem jedne ili više mjera: mjera restrukturiranja (structural remedies) i mjera praćenja ponašanja sudionika koncentracije (behavioural remedies).*

*Upravo su naznačene mjere središnje pitanje ovoga rada. Prisutne su, i u domaćoj i inozemnoj praksi prava tržišnog natjecanja već niz godina.*

*Riječ je o iznimno značajnom instrumentu prava tržišnog natjecanja. Njihovom se primjenom postiže prijeko potreban balans i zadovoljenje ciljeva prava tržišnog natjecanja i prava poduzetnika na slobodno udruživanje i povezivanje s drugim poduzetnicima.*

**Ključne riječi:** *pravo tržišnog natjecanja, kontrola koncentracija, uvjetno dopuštene koncentracije (sporne koncentracije), mjere za restrukturiranje poduzetnika, mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije.*

### **1. Uvodna razmatranja**

U eri globalne konkurentnosti i globalizacije, koncentracije trgovačkih društava sastavni su i neizostavni dio suvremene poslovne prakse. Poduzetnici provode koncentracije u cilju jačanja konkurentnosti, širenja na nova tržišta ili pak radi očuvanja postojećih tržišnih pozicija.

Koncentracije poduzetnika u pravilu imaju za ishod jačanje tržišnog natjecanja i unaprjeđenje konkurencije jer doprinose unapređenju proizvodnje i inovacijama, a time i konkurentnosti poduzetnika. No, s druge strane nesporno je da u pojedinim slučajevima koncentracije mogu rezultirati značajnim ograničenjima tržišnog natjecanja i slabljenjem konkurencije. Pitanjima štetnih učinaka koncentracija, a napose spornim i zabranjenim koncentracijama bavi se pravo i praksa tržišnog natjecanja.

Od sredine 70-ih godina 19. stoljeća na ovamo, provodi se kontrola koncentracija s ciljem procjene mogućih (štetnih ili pozitivnih) učinaka koncentracije na tržišno natjecanje. Većina su koncentracija u konačnici dopuštene koncentracije. No, i u domaćoj, i u stranoj praksi bilježe se slučajevi zabrane provedbe koncentracije. Svaka odluka o zabrani koncentracije redovito otvara brojne dvojbe o tomu je li zabrana koncentracije nužna i neizbježna, napose ako se ima u vidu važnost i nužnost jačanja konkurentnosti poduzetnika u uvjetima dinamičnog tržišnog natjecanja, na danas globalnom tržištu.

Osim toga, trgovački subjekti koji sudjeluju u koncentraciji potrebu provedbe koncentracije brane važnim argumentima, kao što su potreba ulaganja u istraživanje i razvoj, sniženje troškova proizvodnje, razvoj nove tehnologije.

Iako je neosporno da gotovo svaku koncentraciju prate i potonje okolnosti, navedeni argumenti sami za sebe u pravilu neće biti dostatni za dopuštanje koncentracije, ako se u postupku ocjene koncentracije nesporno utvrdi da će koncentracija za krajnji ishod imati jačanje vladajućeg položaja poduzetnika i slabljenje konkurencije.

No u praksi su situacije apsolutne zabrane provedbe koncentracije ipak vrlo rijetke. Bilježi se tek nekolicina takvih odluka<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> U domaćoj je praksi prava konkurencije zabilježen samo jedan slučaj zabrane koncentracije. Riječ je o koncentraciji provedenoj između trgovačkih društva Zagrebačke banke d.d., Unicredito

U većini slučajeva, tzv. spornih koncentracija, problem se rješava na način da sudionici koncentracije pristanu izmijeniti okolnosti koncentracije prihvaćanjem jedne ili više mjera, tzv. mjera restrukturiranja ili mjera praćenja ponašanja sudionika koncentracije, čijom se provedbom rješava sporni problem konkurencije i koncentracija dopušta.

Takve su mjere, zapravo kompromisno rješenje u odnosu na mjeru o apsolutnoj zabrani provedbe koncentracije i njima se zadovoljavaju interesi svih stranaka koji su na neki način involvirane u postupak u svezi s provedbom koncentracije.

S jedne strane, na taj se način, na zadovoljstvo antimonopolnih tijela uklanja uočeni problem konkurencije. S druge strane, poduzetnicima se omogućuje, uz nužne izmjene, provođenje željenog povezivanja.

Spomenute mjere predviđaju propisi svih država koje provode kontrolu koncentracija i suvremenu politiku tržišnog natjecanja. Jednako tako, nisu nepoznate ni u našem zakonodavstvu i praksi o koncentracijama. U radu se analizira naznačena problematika o koncentracijama u svjetlu rješidbi domaće i strane prakse antimonopolnih tijela, s posebnim osvrtom na pravne mjere koje doprinose razrješenu problema kod spornih koncentracija.

## ***2. O pojmu koncentracija, zabranjenim koncentracijama i uvjetno dopuštenim koncentracijama***

### ***2.1. Pojam i određenje koncentracije u ZZTN i poredbenim zakonskim vrelima tržišnog natjecanja***

Što su koncentracije, pitanje je na koja domaće i usporedno pravo tržišnog natjecanja danas daju manje više isti odgovor.

Pod pojmom koncentracije podrazumijevaju se raznovrsni oblici povezivanja poduzetnika, na statusnoj i/ili ugovornoj osnovi kojima je zajedničko obilježje stvaranje pravnog i/ili ekonomskog zajedništva između sudionika koncentracije koji su prije provedbe koncentracije bili međusobno pravno i ekonomski neovisni poduzetnici<sup>2</sup>.

---

Italiano S.p.A. i Allianz d.d. (V. Rješenje AZTN UP/I 030-02/2001-01/43). No i ta je koncentracija u konačnici dopuštena, nakon prihvaćanja mjere restrukturiranja, odnosno nakon prodaje udjela u temeljnom kapitalu koju je jedan od poduzetnika, sudionika koncentracije, držao u Splitskoj banci. Slična je situacija i u praksi Komisije EZ. Komisija EZ je od 1990. godine do kolovoza 2008. godine ocjenjivala 3917 koncentraciju, od toga je 20 koncentracija bilo zabranjeno, a što je manje od 1% ukupno ocjenjivanih koncentracija (V. o tome: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/statistics.pdf>).

<sup>2</sup> Postoje brojne definicije kojima se određuje pojam koncentracija, ali ne i općeprihvaćeno određenje koje bi se moglo prihvatiti kao univerzalno. Neke od definicija su: Koncentracija je izraz koji se koristi u Uredbi o kontroli koncentracija EZ za pripajanja i spajanja i postupke stjecanja nadzora ili kontrole (Korah, V., *EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, Oxford –Portland Oregon, 8th ed., 2002., str. 410); Koncentracija je izraz koji označava situacije kada se više poduzetnika objedine jedinstvenim vođenjem poslova, a uslijed toga gube svoju

ZZTN<sup>3</sup> je temeljni propis kojim se u nas uređuje materija koncentracija, određuje da koncentracije nastaju: 1/ pripajanjem i spajanjem, 2/ stjecanjem kontrole ili prevladavajućeg utjecaja jednog poduzetnika nad drugim u skladu s odredbama ZTD-a i drugim propisima te 3/ stvaranjem zajedničkog pothvata koji na trajnijoj osnovi djeluje kao neovisan pravni subjekt<sup>4</sup>.

Jednako tako i Uredba o kontroli koncentracija EZ<sup>5</sup>, čija rješenja slijedi i naš ZZTN, ali i propisi drugih europskih država<sup>6</sup>, ne definira posebno što su koncentracije, već navodi poslovne operacije i transakcije koje za učinak imaju koncentraciju poduzetnika.

Pojedinačno se kao oblici koncentracija navode, pripajanje i spajanje te zajednički pothvat (joint venture).

No, jedna je od važnih značajki suvremenog pojma koncentracija u pravu tržišnog natjecanja EZ i drugih zakonodavstava, da se pojam koncentracija vezuje uz promjenu ili stjecanje kontrole jednog poduzetnika nad drugim, ranije pravno i ekonomski neovisnim poduzetnikom<sup>7</sup>.

---

ekonomsku neovisnost (Banks, K., *Merger and Partial Mergers under EEC Law*, u knjizi, *Mergers & Acquisitions and Joint Ventures*, ed. Hawk, B., Fordham University School of Law, Juris Publishing Inc., 2004., str. 43); Pojam koncentracije poduzetnika odnosi se na situaciju kada je više pravno samostalnih poduzetnika objedinjeno zajedničkim vođenjem poslova zbog čega gube ekonomsku neovisnost (Venit, J., *The Treatment of Joint Ventures under the EC Merger regulation-Almost through the thicket*, u knjizi, *Mergers & Acquisitions and Joint Ventures*, ed. Hawk, B., Fordham University School of Law, Juris Publishing Inc., 2004., str. 517.); U domaćoj doktrini vidi o tome: Petrović, S., Ružić, T., *Koncentracija banaka*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 9/2001., str. 6.; Mlikotin Tomić, D., *Uvod u primjenu Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja –koncentracije*, Računovodstvo i financije, Zagreb, br. 12, 1995.

<sup>3</sup> Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja NN broj 122/03. (u daljnjem tekstu ZZTN).

<sup>4</sup> Članak 19. ZZTN.

<sup>5</sup> Uredba Vijeća EZ-a br. 139/04 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika, Službeni list L 24, 29/01/2004, str. 1.-22.

<sup>6</sup> Vidi primjerice: njemački *GWB* ili *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Siebenter Abschnitt, *Zusammenschlusskontrolle*, §§ 37, *Zusammenschluss*, 1990. ili francuski trgovački zakon *Code de commerce*, Livre IV, Titre III, *De la concentration économique*, L 430-1, I.

<sup>7</sup> Pojam kontrole definira se u čl. 3(2) Uredbe 139/04 na sljedeći način: *Kontrola se temelji na pravima, ugovorima ili bilo kakvom drugom sredstvu, koje zasebno ili u kombinaciji, vodeći računa o svim činjeničnim i pravnim okolnostima omogućuju ostvarenje prevladavajućeg utjecaja, poglavito putem: (a) vlasništva ili prava na korištenje cijele ili dijela imovine poduzetnika, (b) prava ili ugovora koji omogućuju prevladavajući utjecaj na sastav, glasovanje ili odlučivanje tijela poduzetnika*. I dalje se određuje da *“kontrolu stječu osobe ili poduzetnici koji: (a) su imatelji prava ili se mogu koristiti pravima iz predmetnih ugovor ili (b) ako nisu imatelji takvih prava niti se mogu koristiti pravima iz takvih ugovora, imaju ovlaštenje za ostvarivanje prava koja iz njih proizlaze*. U članku 2. ZZTN određuje se da se smatra da je poduzetnik pod kontrolom drugog poduzetnika ako neki poduzetnik: 1. ima više od polovine udjela ili dionica u drugom poduzetniku, 2. ako može ostvarivati više od polovine glasačkih prava ili 3. ima pravo na postavljanje više od polovine članova uprave, nadzornog odbora, te ako 4. na drugi način ima pravo na upravljanje poslovanjem poduzetnika.

Pojam kontrole, kako je definiran u našem ZZTN i zakonodavstvu EZ sadržajno se poklapa s pravnim konceptom ostvarenja prevladavajućeg utjecaja jednog poduzetnika nad drugim iz članka 475. ZTD, s tim da je pravni koncept kontrole sveobuhvatniji. Prevladavajući utjecaj prema ZTD,

Ovakvo je pravno određenje odraz prilagodbe pravne norme pojavnostima uočenim u suvremenoj trgovačkoj praksi.

Suvremena je praksa koncentracija iznimno raznolika. Poduzetnici uobličavaju svoje poslovne odnose i provode koncentraciju kroz raznovrsne poslovne aranžmane ili ugovore različita nazivlja i forme.

Stoga ovako široko određenje omogućuje da će kontrolom koncentracija biti obuhvaćene raznovrsne poslovne operacije koje dovode do koncentracija, a ne samo neki od tipičnih i univerzalnih pravnih oblika koncentracija (na primjer pripajanje i spajanje), a što i jest krajnji cilj odredbe kojom se definiraju pojave koncentracija<sup>8</sup>.

No, treba napomenuti da kontrolom koncentracija nisu obuhvaćeni svi postupci povezivanja između trgovačkih subjekata koji dovode do koncentracija, već samo oni koji se provode između poduzetnika značajne veličine i tržišne snage, čije povezivanje može izazvati značajno i trajno narušavanje odnosa slobodne konkurencije.

U tom smislu, središnje su pitanje kojim se bavi, i domaće, i strano pravo tržišnog natjecanja u odnosu na koncentracije poduzetnika, tzv. "zabranjene koncentracije".

## 2.2. Zabranjene koncentracije

Koncentracije trgovačkih društava nisu zabranjene *per se*. Za razliku od drugih instituta, kojima se bavi suvremeno pravo tržišnog natjecanja (zabranjenih sporazuma<sup>9</sup> i zlouporabe vladajućeg položaja<sup>10</sup>) koncentracije poduzetnika vrlo su rijetko predmetom apsolutnih zabrana.

Ovo iz razloga jer su *izravne štete* od koncentracija po tržišno natjecanje znatno manje negoli štete koje nastupaju na tržištu sklapanjem zabranjenih sporazuma ili zlouporabom vladajućeg položaja.

---

na ovisno društvo ostvaruje, neposredno ili posredno, vladajuće društvo. Zakonska je presumpcija da je vladajuće društvo ono društvo koje drži većinski udio u temeljnom kapitalu ovisnog društva, temeljem čega ono može ostvarivati prevladavajući utjecaj na poslovanje ovisnog društva da ili organima upravljanja ili drugim načinima odlučujuće utječe na vođenje poslova ovisnog društva. Prema Uredbi 139/04, ostvarenje kontrole ne vezuje se nužno uz većinsko sudjelovanje vladajućeg društva u kapitalu ovisnog društva, već se postojanje kontrole i ostvarenje prevladavajućeg utjecaja određuje na temelju svih pravnih i činjeničnih okolnosti konkretnog slučaja. Vrlo široko se određuje da se kontrola temelji na pravima, ugovorima ili bilo kakvom drugom sredstvu koje zasebno ili u kombinaciji s drugim pravnim sredstvima omogućuje ostvarenje prevladavajućeg utjecaja.

<sup>8</sup> Tako se primjerice, ugovor o dugoročnoj kooperaciji ili ugovor o strateškom savezništву, sklopljen između dva trgovačka društva mogu smatrati oblicima koncentracija, pod uvjetom da su nakon sklapanja rečenih ugovora, poduzetnici na tržištu nastavili djelovati kao pravno jedinstvo, odnosno pod uvjetom da jedan poduzetnik temeljem sklopljenog ugovora može ostvarivati kontrolu i prevladavajući utjecaj nad drugim, ranije pravno i ekonomski neovisnim poduzetnikom.

<sup>9</sup> Vidi s tim u svezi odredbe članka 9. do članka 15. ZZTN te članak 81. Ugovora o EZ.

<sup>10</sup> Vidi s tim u svezi odredbe članka 15. do 18. ZZTN te članak 82. Ugovora o EZ.

No, ipak, treba imati u vidu da "prekomjerne koncentracije" pogoduju i olakšavaju stvaranje kartela i rezultiraju jačanjem vladajućeg položaja, što otvara vrata zlouporabi istog, zbog čega koncentracije i jesu predmetom obuhvata propisa o tržišnom natjecanju.

Opasnosti koje mogu nastupiti provedbom koncentracije, uočene su već u ranim razdobljima provedbe politike tržišnog natjecanja, u začecima industrijske revolucije<sup>11</sup>. Prve se zabrane provedbe koncentracija bilježe na američkom kontinentu, početkom 20. stoljeća<sup>12</sup>.

Od tada pa da danas provedba prava tržišnog natjecanja, i na američkom, i na europskom kontinentu prolazi kroz različite stadije, od vrlo rigorozne do vrlo liberalne provedbe politike tržišnog natjecanja u odnosu prema koncentracijama<sup>13</sup>.

No, neovisno o tomu, opći je dojam da je pravo i politika tržišnog natjecanja ipak bitno tolerantnija prema koncentracijama, nego prema druga dva instituta prava tržišnog natjecanja.

Ovo se ponajprije ogleda u činjenici da za razliku od sporazuma ili zlouporabe vladajućeg položaja, koji se smatraju zabranjenom trgovačkom praksom, koncentracije nisu *a priori* zabranjene.

Neka će se koncentracija zabraniti tek ako, i nakon što se utvrdi da će nakon koncentracije na mjerodavnom tržištu doći do trajnog i značajnog slabljenja tržišnog natjecanja ili stvaranja vladajućeg položaja sudionika koncentracije.

Stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu nakon provedbe koncentracije primarni je negativni učinak neke koncentracije na tržišno natjecanje<sup>14</sup>.

Poduzetnici u vladajućem položaju<sup>15</sup> koriste se svojom tržišnom snagom kako bi uklonili sa tržišta konkurente, spriječili im pristup i slično.

<sup>11</sup> Vidi o tome više: Amato, G., *Antitrust and Bounds of Power*, Hart Publishing, Oxford, 1997., i dalje, Gellhorn, E., *Antitrust Law and Economics*, West Publishing Company, 1981.

<sup>12</sup> Jedna je od prvih presuda kojoj je za cilj bilo poništiti učinke već provedene koncentracije, presuda s kraja 19. stoljeća u predmetu *U S. v. E. C. Knight Co.* 166 U.S. 290 (1897).

<sup>13</sup> V. o tome primjerice: Leary, T., *The Essential Stability of Merger Policy in the United States*, u knjizi *Merger remedies in American and European Union Competition law*, ed. by Lévêque, F, Shelanski, H, Edward Elgar Publishing, 2003., str. 13.-48.

<sup>14</sup> Slično o tome vidi: Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika, AZTN, Zagreb, studeni, 2005., str. 10.

<sup>15</sup> Vladajući položaj određuje se kao položaj takve ekonomske snage koji omogućuje poduzetniku u vladajućem položaju da se ponaša neovisno od svojih stvarnih ili potencijalnih konkurenata, potrošača i dobavljača. Ovakvo je gledište zauzeo Sud EZ u predmetu *United Brands i Continental Can*. U tom smislu, suvremeno se pravo tržišnog natjecanja EZ u određenju vladajućeg položaja koristi apstraktnim pravnim konceptom, a taj je neovisnost u ponašanju poduzetnika u vladajućem položaju, u odnosu na njegove konkurente ili potrošače. To znači da se u svakom pojedinom slučaju utvrđivanja postojanja vladajućeg položaja potonja neovisnost u ponašanju mora i dokazati. Gotovo identično rješenje sadrži i ZZTN u članku 15. st. 1. gdje se određuje da se poduzetnik nalazi u vladajućem položaju ako se zbog svoje tržišne snage može ponašati neovisno od svojih konkurenata, potrošača ili dobavljača. No, ZZTN sadrži i pravilo o zakonskoj presumpciji o



Iako sam vladajući položaj na tržištu nije zabranjen, jer bi to bilo protivno ekonomskoj logici koja podupire jačanje konkurentnosti poduzetnika i zauzimanje boljeg tržišnog položaja, pa i vladajućeg, suvremeno pravo tržišnog natjecanja ipak zabranjuje koncentracije koje za učinak imaju stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja.

Slijedom navedenog, jedna je od temeljnih zadaća postupka ocjene koncentracije utvrditi dolazi li koncentracijom do stvaranja novog ili jačanja postojećeg vladajućeg poduzetnika na tržištu. Potvrđi li se potonje, velika je vjerojatnost da će se koncentracija zabraniti.

No unatoč tomu, moguće je da će neka koncentracija koja ima za učinak stvaranje novog ili jačanje postojećeg vladajućeg položaja, ipak biti dopuštena.

To će napose biti slučaj ako sudionici koncentracije uspiju dokazati da će usprkos stvaranju ili jačanju vladajućeg položaja, prednosti od koncentracije biti veće negoli štetne posljedice koje će nastupiti na tržištu stvaranjem novog ili jačanjem postojećeg vladajućeg položaja<sup>16</sup>.

Jednako tako, ako je jedan od sudionika koncentracije, poduzetnik s opadajućim poslovanjem, tada se smatra da provedba koncentracije neće bitno promijeniti stanje koje bi na tržištu ionako nastupilo, jer će poduzetnik, koji se suočava s opadajućim poslovanjem, kroz neko vrijeme uslijed financijskih poteškoća nestati s tržišta<sup>17</sup>.

---

vladajućem položaju poduzetnika. Prema njemu se smatra da vladajući položaj na tržištu ima poduzetnik čiji tržišni udjel na mjerodavnom tržištu prelazi 40 posto.

<sup>16</sup> Takav zaključak proizlazi iz drugog dijela odredbe iz članka 18. ZZTN koji propisuje da su "zabranjene koncentracije kojima se stvara novi ili jača vladajući položaj jednog ili više poduzetnika ... osim u slučaju ako sudionici koncentracije dokažu da će takva koncentracija dovesti do jačanja tržišnog natjecanja na tržištu koje će biti značajnije od negativnih učinaka stvaranja ili jačanja njihovoga vladajućeg položaja".

<sup>17</sup> Ovdje je riječ o pravnom konceptu u stranoj doktrini poznatom pod nazivom *failing firm defence* ili *rescue merger*. Potonji pravni koncept potječe iz prava i prakse tržišnog natjecanja SAD-a. Vodeći je predmet u kojem je Vrhovni sud razmatrao taj pravni koncept predmet *Citizen Publishing Company* (US, 394 U.S. 131) iz 1969. godine.

U pravu tržišnog natjecanja EZ primjena ovog kriterija proizlazi iz Smjernica Komisije EZ za ocjenu horizontalnih koncentracija. Za njegovu primjenu traži se ispunjenje sljedećih pretpostavki: 1/ sudioniku koncentracije zbog stečaja prijeti prestanak djelovanja i izlazak sa tržišta, 2/ nepostojanje boljeg pravnog rješenja za rješavanje problema konkurencije, 3/ stečaj je sudionika koncentracije neizbježan.

U nas je jedino pravno vrelo koje se bavi ovim pitanjem Naputak AZTN u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija. Navedeni je kriterij bio pravni temelj za dopuštanje koncentracije u predmetu koncentracije Belje/Agrokor (Rješenje AZTN od 28. prosinca 2005., Klasa: UP/I-030-02/2004-02/91, Objavljeno u NN broj 9/04.).

O kriteriju opadajućeg poslovanja vidi više: Ceveat, A., *Horizontal Mergers and "Failing Firm" defense Under Section 7 of Clayton Act*, 45 Va.L.Rev. 421, 1959, i dalje, Paredes, T., *Turning the Failing Firm Defense Into a Success: A Proposal to Revise the Horizontal Merger Guidelines*, 13 Yale L. J. on Reg. 347, 1996., Ghosh, S., *Relaxing Antitrust During Economic Downturns: A Real Options Analysis of Appalachian Coals and the Filing Firm Defense*, 68 Antitrust L.J. 115, 2000-2001., *Failing Firm Defence*, OECD/GD(96) 23, Paris, 1996.

Jedna je od novina, na koju u okviru razmatranog svakako treba ukazati, primjena novog kriterija na osnovu kojeg se određuje pojam zabranjenih koncentracija u zakonodavstvu o tržišnom natjecanju EZ.

Riječ je o tzv. kriteriju “značajnoga učinka” ili “značajnog slabljenja tržišnog natjecanja” (SLC test ili *substantially lessen competition*).<sup>18</sup> U pravu tržišnog natjecanje EZ, ovaj je pravni standard uveden posljednjom reformom zakonodavstva o tržišnom natjecanju, provedenom 2004. godine.

Isti je kriterij od ranije na snazi u SAD-u, Australiji, Kanadi i nekim drugim zakonodavstvima. Dvojbeno je, je li isti kriterij na snazi i u nas.<sup>19</sup>

Primjena ovog (novog) kriterija nije donijela bitne novine u samom postupku ocjene koncentracije.

Međutim, njegovim je uvođenjem u postupak ocjene koncentracija uveden viši stupanj fleksibilnosti negoli je to bio slučaj kada je na snazi bio test “vladajućeg položaja”.

Antimonopolnim tijelima je omogućen viši stupanj diskrecije kada su u pitanju, tzv. sporne koncentracije.

Ranije se u praksi događalo da neka koncentracija ima za učinak jačanje vladajućeg položaja sudionika koncentracije nakon njezine provedbe, ali da je istovremeno takvo stanje tek privremeno ili da su pozitivni učinci koncentracije prevalentni u odnosu na štetne.

Takvu je koncentraciju, primjenom kriterija vladajućeg položaja trebalo zabraniti.

Kako bi se takve situacije ublažile i kako bi se u uvjetima povećane konkurentnosti u današnje vrijeme moglo odgovoriti na potrebe suvremene gospodarske prakse, uveden je spomenuti, novi test “značajnog učinka”.

<sup>18</sup> Vidi o tome: Green paper on the review of Council regulation (EEC) No 4064/89, COM(2001) 745/6 final, 11. 12. 2001., str. 39. i dalje, Riesenkauff, Alexander, *The New EC Merger Control Test under Article 2 of the Merger Control Regulation*, 24 Nw.J.Int'l L. &Bus. 715, 2003-2004.

<sup>19</sup> Pojedini domaći autori zastupaju gledište da je i u nas na snazi kriterij “značajnoga učinka” ili SLC kriterij (V. primjerice: Cerovac, M., Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika, AZTN, Zagreb, 2005., str. 10., u svezi s bilj. 15.). No, ne bi se u potpunosti mogli složiti s tim. Ne dvoji se u to je li kriterij iz članka 18. ZZTN kojim se određuje pojam zabranjenih koncentracija dovoljno fleksibilan u smislu da je on prepreka dopuštanju koncentracije kod koje dolazi do jačanja vladajućeg položaja sudionika koncentracije. Iz prakse AZTN nedvosmisleno proizlazi da se u postupku ocjene koncentracije uistinu ispituju krajnji učinci neke koncentracije na tržišno natjecanje, koji se ne smije manifestirati kao značajno slabljenje tržišnog natjecanja, iako nije poželjna posljedica koncentracije stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja. Međutim sama formulacija iz članka 18. ZZTN ne podržava tezu da je u nas na snazi kriterij značajnoga učinka, već kriterij “vladajućeg položaja”. U spomenutom se članku navodi da su “zabranjene koncentracije” kojima se stvara novi ili jača vladajući položaj...ako mogu značajno utjecati na sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja. Za razliku od našeg ZZTN u Uredbi 139/04 se koristi formulacija kojom se zabranjuju koncentracije koje imaju za učinak slabljenje tržišnog natjecanja, a jačanje vladajućeg položaja se ističe samo kao temeljni način na koji će doći do slabljenja tržišnog natjecanja.



Njegovom je primjenom u središtu analize krajnji učinak neke koncentracije na tržišno natjecanje, koji se ne smije manifestirati kao “značajno slabljenje tržišnog natjecanja”.

Drugim riječima rečeno, ima li neka koncentracija za učinak trajno i značajno slabljenje tržišnog natjecanja, treba ju zabraniti.

U odnosu prema ranijem testu, prema kojem su bile zabranjene koncentracije kojima je dolazilo do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja znači da se sada mogu dopustiti koncentracije kojima dolazi do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja, ali je sada bitno da zbog stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja ne dolazi istovremeno i do slabljenja tržišnog natjecanja.

Slijedom navedenog, stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja nije nebitna činjenica za zabranu neke koncentracije, no to nije i presudna činjenica na kojoj će Komisija EZ ili drugo antimonopolno tijelo, temeljiti svoju odluku o zabrani provedbe neke koncentracije.

Osim u slučaju stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja sudionika koncentracije nakon njezine provedbe, koncentracija će biti predmetom zabrane i ako njome dolazi do stvaranja *zajedničkog vladajućeg položaja* sudionika koncentracije i njihovih takmaca na mjerodavnom tržištu, odnosno ako koncentracija ima za učinak zajedničko vladanje tržištem.

Potonji je pravni institut o *zajedničkom vladajućem položaju* osebujan pravni koncept, koji je u Europi u prvom redu razvijen kroz praksu Komisije EZ i Suda EZ,<sup>20</sup> da bi ga kasnije prihvatile u svojim zakonodavstvima države članice EZ.

U nas je dijelom odredbe iz čl. 15. st. 4. ZZTN<sup>21</sup>. Članak 15. st. 4. ZZTN glasi: pretpostavlja se da se više poduzetnika u smislu stavka 2. ovog članka nalazi u vladajućem položaju kada:

1. tri ili manje poduzetnika imaju zajednički tržišni udjel na mjerodavnom tržištu od više od 60% ili
2. pet ili manje poduzetnika imaju zajednički tržišni udjel na mjerodavnom tržištu od više od 80%.

Prema ovom konceptu, koncentraciju treba zabraniti ako će na mjerodavnom tržištu nakon provedbe koncentracije doći do slabljenja tržišnog natjecanje jer će se provedbom koncentracije na tržištu uspostaviti takvo stanje koje će

<sup>20</sup> Komisija EZ-a je po prvi puta primijenila koncept o zajedničkom vladajućem položaju u slučaju koncentracija poduzetnika u postupku ocjene koncentracije Kali& Salz (France v. Commission (C-68/94 i 30/95) 31. 03. 1998., [1998] ECR I-1375, [1998] 4 CMLR 829), a potom i u brojnim drugim (vidi primjerice: Gencor/Lonrho (IV/M 619), (1999) 4 CMLR 1076).

Prethodno su o tome pitanju već raspravljali i Komisija EZ i Sud EZ-a, ali u svezi s primjenom članak 82. Ugovora o EZ koji regulira temeljna pitanja vladajućeg položaja i zlouporabe vladajućeg položaja, a ne i pitanje koncentracija (vidi recimo predmet: Italian Flat Glass, Case T-68, 77-78/89, Re Italian Glass: Società Italiana Vetro v. Commission, (1992) ECR I-1403). Kasnije je isti pravni koncept primijenjen i na situacije koje se tiču koncentracija poduzetnika.

<sup>21</sup> Članak 15. st. 4. ZZTN treba čitati u konjunkciji sa člankom 18. ZZTN, koji u određenju zabranjenih koncentracija propisuje da su zabranjene koncentracije kojima se stvara novi ili jača vladajući položaj jednog ili više poduzetnika. Iz toga proizlazi mogućnost zabrane.

omogućiti i/ili olakšati zajedničko vladanje tržištem sudionicima koncentracije i njihovim konkurentima.<sup>22</sup>

To znači da sama koncentracija nema za posljedicu prekomjerno jačanje tržišne snage (stvaranje vladajućeg položaja) samih sudionika koncentracije.

Opasnost od provedbe koncentracije u ovom slučaju počiva na tomu što se njom povećava vjerojatnost i stvaraju pretpostavke za moguću (nedopuštenu) suradnju (prešutnu ili izričitu) između na tržištu preostalih konkurenata, a koja prije provedbe koncentracije, u pravilu, nije bila moguća.

No, da bi se teorija o zajedničkom konceptu održala u konkretnom slučaju koncentracije, danas se uobičajeno traži ispunjenje određenih pretpostavki: a/ na tržištu je prisutan mali broj konkurenata, b/ proizvodi su homogeni, i c/ cijene su ujednačene.<sup>23</sup>

Uobičajeno se zahtijeva da su potonji uvjeti kumulativno ispunjeni. Neće biti dostatno za zabranu koncentracije i utvrđivanje zajedničkog vladanja tržištem samo dokazati činjenicu da je smanjen broj tržišnih natjecatelja, već da su i stvarne i pravne okolnosti takve da je izvjesno da će provedena koncentracija stvoriti pretpostavke suradnje konkurenata, koja prije koncentracije nije postojala niti bila moguća.

Što je gospodarsko okružje manje složeno i stabilnije, to je poduzetnicima lakše sporazumjeti se o uvjetima zajedničkog djelovanja.<sup>24</sup>

Primjerice, lakše je nekolicini poduzetnika djelovati zajedno negoli većem broju poduzetnika.

Također je jednostavnije koordinirati cijenu jednog proizvoda, negoli stotine cijena na tržištu s mnogo diferenciranih proizvoda. Jednako tako, jednostavnije je koordinirati cijenu ako su uvjeti ponude i potražnje razmjerno stabilni, nego ako se stalno mijenjaju.<sup>25</sup>

### **2.3. Uvjetno dopuštene koncentracije**

Treći je pravni pojam suvremenog prava tržišnog natjecanja, osobito važan u kontekstu ovoga rada, pojam uvjetno dopuštenih ili spornih koncentracija. Ovo iz razloga jer se mjere restrukturiranja i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije, koje su središnje pitanje rada, izriču upravo kod spornih koncentracija.

Spornim se koncentracijama smatraju one koncentracije kod kojih je uočen neki problem konkurencije, ali koji nije takvih razmjera da iziskuje potrebu apsolutne zabrane koncentracije.

<sup>22</sup> Vidi o tome: Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ C 31, 05.02.2004, p. 5-18., (u daljnjem tekstu Smjernice Komisije EZ za ocjenu horizontalnih koncentracija).

<sup>23</sup> Ibidem, str. 13.- 19.

<sup>24</sup> Ibidem, toč. 45.

<sup>25</sup> Ibidem.

Ili drugačije rečeno, spornim se koncentracijama smatraju zabranjene koncentracije koje se uvjetno dopuštaju pod pretpostavkom da sudionici koncentracije prihvate izmijeniti okolnosti koncentracije i uklone sporni problem konkurencije.

U domaćoj su i stranoj praksi tržišnog natjecanja uvjetno dopuštene koncentracije relativno česte. U svakom slučaju, daleko su zastupljenije i raširenije negoli "zabranjene koncentracije".

No unatoč tomu, u našem je pravnom sustavu ovim koncentracijama u zakonskim vrelima prava tržišnog natjecanja posvećeno vrlo malo prostora, tek jedna zakonska odredba.

Tako se u ZZTN određuje da će *AZTN u rješenju kojim se koncentracija ocjenjuje uvjetno dopuštenom, odrediti mjere, uvjete te rokove njihova ispunjenja kako provedba koncentracije ne bi imala za posljedicu značajno sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu.*<sup>26</sup>

Ova odredba dakako nije dovoljna da bi se na temelju nje moglo razumjeti složenu problematiku spornih koncentracija i spomenutih mjera. Znatno je podatnije pravno vrelo u tome pogledu Naputak AZTN u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija<sup>27</sup>.

Iako rečeni Naputak, sustavno i detaljno razrađuje materiju uvjetno dopuštenih koncentracija, isti međutim, nije pravno obvezujuće pravno vrelo i njegova su rješenja tek smjernice sudionicima koncentracije kako postupati u slučaju spornih koncentracija ili postići dogovor s AZTN u slučaju uvjetno dopuštenih koncentracija.

Jednako tako i u poredbenim se zakonodavstvima materija o uvjetno dopuštenim koncentracijama razrađuje smjernicama ili naputcima. Tako se primjerice u SAD-a, potonja materija nalazi u smjernicama Ministarstva pravosuđa (Department of Justice) i Federalne trgovačke komisije (Federal Trade Commission).<sup>28</sup>

Najvažnije se "europsko" pravno vrelo, koje se bavi ovom problematikom, već spominjane Smjernice Komisije EZ za ocjenu horizontalnih koncentracija.

Iako se takav pristup ne smatra i najboljim mogućim modelom za uređenje neke pravne materije, pogodnosti ipak postoje. Takav pristup dopušta brzu i jednostavnu prilagodbu ili izmjenu predloženih pravnih rješenja pojavnostima u praksi, a što je osobito važno kada je riječ o koncentracijama poduzetnika.

No neovisno o navedenom, treba naglasiti, da bi se uopće utvrdilo je li neka koncentracija zabranjena, dopuštena ili uvjetno dopuštena, potrebno je u svakom pojedinom slučaju koncentracije provesti postupak ocjene koncentracije, odnosno postupak kontrole.

<sup>26</sup> Čl. 26. st. 4. ZZTN.

<sup>27</sup> Op. cit., bilj. 19.

<sup>28</sup> Horizontal Merger Guidelines 1997., U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, April 2, 1992, revised April 8. 1997., str. 2., dostupno na: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>.

### **3. O postupku nadzora i ocjene koncentracija**

#### **3.1. Kontrola koncentracija**

Institut kontrole koncentracija poznaju sva suvremena zakonodavstva o tržišnom natjecanju.

Kontrola koncentracija u svim se suvremenim zakonodavstvima provodi institutom obvezatne prijave namjere koncentracije nadležnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja.<sup>29</sup>

Prve su s kontrolom koncentracija započele SAD, još 1976. godine, donošenjem Hart Scott Rodinos Antitrust Improvement Act-a.<sup>30</sup>

U Europi se kontrola koncentracija provodi od početka 90-ih godina dvadesetog stoljeća, nakon što je u okviru EZ donesena prva uredba o kontroli koncentracija Uredba 4064/89<sup>31</sup>.

Postupno, takav pravni režim za koncentracije uvode sve europske države.

U nas se kontrola koncentracija provodi od donošenja prvog ZZTN, 1995. godine.

Cilj je postupka kontrole koncentracija preventivno djelovati na pojave koncentracija te spriječiti provedbu onih koncentracije za koje se u postupku njihove ocjene utvrdi da će se negativno odraziti na tržišno natjecanje na način da će za ishod imati slabljenje tržišnog natjecanja, a podredno i stvaranje i/ili jačanje vladajućeg položaja sudionika koncentracije na mjerodavnom tržištu.

Na taj se način sprječava stvaranje takvih tržišnih struktura koje će trenutno ili kroz neko vrijeme, onemogućiti učinkovito tržišno natjecanje na nekom tržištu ili djelatnosti.

No, kontrola koncentracija se ne provodi u svim slučajevima koncentracija.

Odnosno, drugačije rečeno, prijavu namjere provedbe koncentracije nisu obvezni podnijeti svi poduzetnici u svim slučajevima koncentracija, nego samo poduzetnici značajne veličine i tržišne snage, a što se u većini zakonodavstava određuje pomoću kriterija ukupno ostvarenog prometa.

Tako primjerice Uredba o kontroli koncentracija EZ, Uredba 139/04, propisuje da su obvezu prijave namjere koncentracije dužni prijaviti sudionici koncentracije kada:

- (a) ukupan promet svih poduzetnika koji sudjeluju u koncentraciji, u cijelom svijetu premašuje 5.000 milijuna EUR i
- (b) ukupan promet unutar Zajednice svakog od najmanje dva poduzetnika premašuje 250 milijuna EUR.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Vidi čl. 22. ZZTN i čl. 4. Uredbe 139/04.

<sup>30</sup> Hart –Scott Rodino Antitrust Improvement Act, 15 U.S.C. § 18a, u daljnjem tekstu HSR Act.

<sup>31</sup> Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 395, 30/12/1989, u daljnjem tekstu Uredba 4064/89.

<sup>32</sup> Kriterijom ukupno ostvarenog prometa sudionika koncentracije na tržištu EZ utvrđuje se obim aktivnosti sudionika predmetne koncentracije na tržištu EZ.

Njemački GWB u §35. propisuje da obveza prijave namjere provedbe koncentracije nastupa ako u poslovnoj godini koja je prethodila koncentraciji: 1. ukupan promet (*Umsatzelöse*) svih sudionika koncentracije ostvaren na svjetskom tržištu prijeđe iznos od 500 milijuna eura, 2. ukupan promet barem jednog od sudionika koncentracije ostvaren na domaćem tržištu prijeđe iznos od 25 milijuna EUR.

Naš ZZTN obvezu prijave namjere provedbe koncentracije vezuje uz dvije okolnosti.

U prvoj je riječ o poslovnim operacijama koje za učinak imaju koncentraciju poduzetnika. Dakle, nema li neka poslovna operacija za učinak koncentraciju poduzetnika, obveza prijave namjere koncentracije ne postoji. Istovjetno pravno rješenje sadrže i sva druga razmatrana zakonodavstva i države.

Druga je da je riječ o poduzetnicima koji prelaze pragove *prihoda* utvrđene u ZZTN. Tako se u članku 22. ZZTN navodi da obveza namjere provedbe koncentracije nastupa ako su kumulativno ispunjeni sljedeći uvjeti:

1. ako ukupan *prihod* svih poduzetnika sudionika koncentracije, ostvaren prodajom robe i/ili usluga na svjetskom tržištu, iznosi najmanje jednu milijardu kn u financijskoj godini koja je prethodila koncentraciji i

2. ako ukupan *prihod svakog od najmanje dva sudionika koncentracije*, ostvaren prodajom robe i/ili usluga u Republici Hrvatskoj, iznosi najmanje 100.000.000,00 kn u financijskoj godini koja je prethodila koncentraciji.<sup>33</sup>

Ne može se ne zamijetiti da se u ZZTN obveza prijave namjere provedbe koncentracije vezuje uz kriterij ukupno ostvarenog *prihoda*, a ne *prometa*, kako je to u većini drugih zakonodavstava.

Ovakvo je zakonsko rješenje nerijetko rezultiralo neučinkovitosti u sustavu kontrole koncentracije u nas, te unatoč apelima struke za izmjenom, do toga još uvijek nije došlo.

Naime, primjenom kriterija prihoda, a ne prometa bitno manji broj koncentracija dolazi pod ingerenciju AZTN i u tom smislu podliježe postupku ocjene, pa i onih za koje je nesporno da su koncentracije između najvećih poduzetnika na domaćem tržištu.

Da je kriterij ostvarenog prihoda kao kriterij za utvrđivanje tržišne snage poduzetnika pogrešan, pokazuje i sljedeći primjer.

Riječ je o nedavno provedenoj koncentraciji između T- HT i Iskon Interneta. Prije provedbe koncentracije TH-T i Iskon Internet bili su izravni i najznačajniji konkurenti na tržištu. TH-T je uz to na tržištu uživao i vladajući položaj. Iako je po svim pokazateljima u ovom slučaju bila riječ o koncentraciji koja bi bila, ako ne zabranjena, tada bi zasigurno bila sporna koncentracija, do postupka ocjene koncentracije nije ni došlo jer primjenom kriterija prihoda, koncentracija nije podlijeerala obvezi prijave koncentracije, budući da Iskon Internet kao jedan od

<sup>33</sup> Ukupan prihod utvrđuje se uzimajući u obzir prihode svih povezanih društava poduzetnika koji stječu prevladavajući utjecaj ili kontrolu, osim prihoda ostvarenog prodajom robe i usluga, između društava unutar koncerna. Čl. 22. st. 4. i 5. ZZTN.

sudionika koncentracije nije premašio prag do 100.000.000,00 kuna prihoda, a koliko je bilo potrebno da bi obveza prijave namjere provedbe koncentracije nastupila.

Osim u pogledu navedenog, razmatrana odredba ZZTN, trpi prigovor i u svezi s formulacijom iz čl. 22. st. 2., gdje se propisuje da se obveza prijave namjere koncentracije određuje s obzirom na ukupno ostvareni prihod *svakog* od najmanje dva sudionika koncentracije.

Tako primjerice, ako je jedan od sudionika koncentracije ostvario prihod od 100 milijuna kn, a drugi ne, (ali je recimo ostvario prihod od 99 milijuna kn), obveza prijave namjere koncentracije ne postoji.

To u praksi može dovesti do paradoksalnih situacija. Poduzetnik A na taj način može preuzimati jednog po jednog (uvjetno rečeno) “malog” poduzetnika, čiji prihod ne prelazi prag na osnovu kojeg se određuje obveza prijave namjere provedbe koncentracije i na taj način steći u konačnici i vladajući položaj, pa i monopol na tržištu, a da takve transakcije nikada ne budu podvrgnute postupku ocjene iz razloga jer drugi poduzetnik nije ostvario prihod na temelju kojeg bi nastupila obveza prijave namjere koncentracije.

Za razliku od ZZTN-a, propisi drugih europskih država su koristeći različite formulacije izbjegli ovakve zamke.

Recimo, njemački GWB u §35. st. 2. propisuje da obveza prijave namjere koncentracije postoji ako ukupan promet *barem jednog* od sudionika koncentracije ostvaren na domaćem tržištu prijeđe iznos od 25 milijuna EUR.

Talijanski Zakon br. 287. u odjeljku 16 (1) određuje da obveza prijave namjere koncentracije postoji kada ukupan promet *jednog* od poduzetnika koji sudjeluje u koncentraciji premaši iznos od 44 milijuna EUR.

### **3.2. *Suspenzivan učinak prijave namjere provedbe koncentracije***

Prijavom namjere provedbe koncentracije nastupa suspenzivan učinak koncentracije<sup>34</sup>. To znači da se započeta provedba koncentracije prekida na određeno vrijeme dok se u postupku ocjene ne utvrde njezini mogući učinci na tržišno natjecanje.

Maksimalno vrijeme trajanja postupka ocjene koncentracije razlikuje se od zakonodavstva do zakonodavstva (u pravilu je to između 105 radnih dana koliko predviđa Uredba 139/04 pa čak do maksimalno sedam mjeseci koliko dopušta naš ZZTN)<sup>35, 36</sup>.

<sup>34</sup> Vidi s tim u svezi čl. 22. st. 3. ZZTN te čl. 7. Uredbe 139/04.

<sup>35</sup> Vidi s tim u svezi čl. 56 st. 1. i 5. ZZTN te čl. 10 Uredbe 139/04.

<sup>36</sup> Ovdje se može iznijeti primjedba da postupak ocjene koncentracije u nas predugo traje. Poduzetnicima je iznimno važno da se koncentracije provede što prije, u što kraćem roku. U nas, postupak ocjene traje najduže sedam mjeseci, što se smatra predugim rokom. Stoga se ocjenjuje da bi se trebalo preispitati je li moguće sadašnji rok skratiti na neki razumniji, kraći rok.



Za to su se vrijeme sudionici koncentracije dužni suzdržati od provođenja bilo kakvih radnji koje bi za učinak imale stvaranje pravnog ili ekonomskog jedinstva između njih.

To znači i da se sudionici koncentracije na tržištu, neovisno o tomu što će koncentracija vjerojatno uslijediti, još neko vrijeme moraju ponašati kao stvarni ili potencijalni konkurenti.

Prijavom namjere provedbe koncentracije započinje postupak ocjene koncentracije. Prvo se pristupa formalnom ispitivanju prijave, kada se utvrđuje je li prijava potpuna, pravodobna i slično.

Ukoliko se tijekom ovog formalnog postupka ocjene utvrdi da je prijava potpuna, pravovremeno podnesena te da je riječ o koncentraciji, koja podliježe obvezi prijave, tada započinje postupak ocjene koncentracije u materijalnom smislu.

U nas su ova pitanja detaljno regulirana Uredbom o načinu prijave i kriterijima za ocjenu koncentracija poduzetnika<sup>37</sup>.

Njezina rješenja manje više odgovaraju rješenjima koja su na snazi i u stranim zakonodavstvima napose u EZ<sup>38</sup>.

Postupak ocjene koncentracije danas je u svijetu manje više standardiziran i provodi se na temelju sličnih ili istih kriterija i načela.

### ***3.3. Postupak ocjene koncentracije***

Postupak ocjene koncentracije ima središnje mjesto u sklopu procjene učinaka neke koncentracije na tržišno natjecanje. Riječ je o iznimno složenom postupku u kojem se primjenom niza pravnih i ekonomskih mjera, u prvom redu ispituju moguće štetne posljedice neke koncentracije na tržišno natjecanje.

No, cilj je postupka ocjene koncentracije osim eventualnih štetnih posljedica, koje mogu nastupiti provedbom koncentracije na tržištu, utvrditi i sve prednosti koje provedbom koncentracije mogu nastupiti na tržištu.

Pogodnosti koje će nastupiti provedbom koncentracije ponajprije se očituju kao sniženje cijene proizvoda, unapređenje proizvoda, skraćanje tokova prodaje i/ili distribucije, unapređenje ponude, usavršavanje proizvoda i slično.

Da bi se potonje utvrdilo u postupku ocjene koncentracije primjenjuje se niz kriterija, u nas konkretiziranih u odredbi iz čl. 25. ZZTN.

Primjerice, navodi se da je u postupku ocjene koncentracije potrebno provesti analizu strukture mjerodavnog tržišta, tržišne snage sudionika koncentracije i njihovih konkurenata, utvrditi broj potencijalnih i stvarnih konkurenata, utvrditi učinke koncentracije na ostale poduzetnike, a osobito s obzirom na pogodnosti za potrošače.

<sup>37</sup> NN broj 51/04.

<sup>38</sup> Vidi o tome: Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentration between undertakings OJ L 133/1, 30. 04. 2004.

Gotovo identične kriterije nalazimo i u drugim zakonodavstvima. Recimo Uredba 139/04 EZ propisuje da se sljedeći čimbenici moraju ispitati pri procjeni učinaka neke koncentracije na tržišno natjecanje: tržišni udjeli sudionika koncentracije i njihova ekonomska i financijska moć, stanje konkurencije na mjerodavnom tržištu gdje se ispituje tržišna snaga i broj stvarnih i potencijalnih konkurenata, zapreke ulaska na tržište, koristi koje će nastupiti provedbom koncentracije za potrošače i slično.<sup>39</sup>

Međutim, neovisno o navedenom, nužno je istaknuti da svaki postupak ocjene koncentracije u konačnici je krajnje individualiziran.

U postupku ocjene koncentracija prihvaćen je tzv. *case by case* pristup, prema kojem se svaka koncentracija ocjenjuje u svjetlu konkretnih okolnosti koje je karakteriziraju.

Nema dvije iste koncentracije. Tako ono, što je prevalentni čimbenik za dopuštanje jedne koncentracije, može biti temeljni razlog zabrane neke druge.

No, bez obzira na to koji će sve elementi biti ključni u postupku ocjene koncentracije i koji će biti prevalentni za donošenje neke odluke nadležnog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, danas se univerzalno prihvaća da se u postupku ocjene koncentracije temeljno utvrđuju sljedeće okolnosti.

Prva, hoće li koncentracijom doći do stvaranje novog ili jačanja vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu, druga, ima li koncentracija za posljedicu stvaranje zajedničkog vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu.

Ukoliko koncentracija za učinak ima stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja ili stvaranje zajedničkog vladajućeg položaja,<sup>40</sup> može se smatrati da je riječ o koncentraciji koja pobuđuje sumnje nadležnih antimonopolnih tijela u pogledu njezine dopuštenosti.

U tom se slučaju inicira i provodi detaljnija analiza procjene učinaka koncentracije na tržišno natjecanje (tzv. druga faza postupka ocjene koncentracije) i to u prvom redu kako bi se utvrdilo hoće li koncentracija za ishod imati značajno i trajno narušavanje odnosa slobodne konkurencije.

Provedeni postupak ocjene koncentracije može okončati donošenjem jedne od sljedećih odluka. Prva, da se koncentracija ocjeni dopuštenom i njezinim se sudionicima dopušta nastavljjanje s provedbom.

Druga, da se koncentracija zabrani jer je u postupku ocjene utvrđeno da su štetne posljedice koje će nastupiti na mjerodavnom tržištu neizbježne i preznačajne da bi se koncentracija mogla dopustiti.

Treća, da se koncentracija "uvjetno dopusti", ali tek nakon što njezini sudionici u dogovoru s mjerodavnim antimonopolnim tijelom prihvate izmijeniti koncentraciju i na taj način otklone sporni problem konkurencije, zbog kojeg je koncentracija uopće smatrana spornom.

To znači da se kod potonjih koncentracija obvezatno izriče jedna ili više mjera s ciljem otklanjanja spornog problema konkurencije.

Navedene su mjere središnje pitanje rada i detaljna rasprava o istima slijedi.

<sup>39</sup> Vidi čl. 2. Uredbe 139/04.

<sup>40</sup> Vidi o tome u radu točka 2.2., str. 5.

#### **4. Mjere restrukturiranja poduzetnika i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije u domaćem i poredbenom pravu i praksi tržišnog natjecanja**

Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija govori o tri vrste mjera koje AZTN može izreći u postupku ocjene neke koncentracije:

1. strukturne mjere ili mjere restrukturiranja poduzetnika,
2. mjera čine mjere za praćenje ponašanja sudionika koncentracije i
3. kombinacija mjera praćenja ponašanja sudionika koncentracije i strukturnih mjera. U stranoj ih se doktrini još naziva i hibridnim ili kvazistrukturnim mjerama.

Izložena tipologija odgovara klasifikaciji mjera koje spominju komparativni pravni izvori prava tržišnog natjecanja EZ i SAD-a,<sup>41</sup> gdje se također spominje tri moguće vrste mjera, tzv. strukturne mjere (*structural remedies*), mjere praćenja (*behaviourial remedies*) i tzv. kvazistrukturne mjere (*quasi structural remedies*).<sup>42</sup>

Izbor odgovarajuće mjere, za koju se smatra da je optimalno rješenje u nekom slučaju koncentracije, zavisao je od okolnosti konkretne koncentracije. Premda je danas dominantno stajalište, zastupljeno i u domaćoj i u stranoj praksi prava tržišnog natjecanja<sup>43</sup>, da prednost kada god je to moguće, treba dati mjerama restrukturiranja.

<sup>41</sup> U većini je doktrinarnih pravnih izvora prava tržišnog natjecanja prihvaćena izložena klasifikacija (V. primjerice Motta, M., Polo, M., Vasconcelos, H., *Merger remedies in the EU: An Overview*, u knjizi Lévêq, F., Shelanski, H., *Merger Remedies in American and EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing Inc., 2003., str. 106- 129; Ezrachi, A., *Under Prescribing of Behavioural Remedies*, Center for Competition Law and Policy, Oxford, Working paper 13/05 Ray, P., *Economic Analysis and the Choice of Remedies*, u knjizi Lévêq, F., Shelanski, H., *Merger Remedies in American and EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing Inc., 2003., str. 129.- 137.), osobito kada je riječ o klasifikaciji na strukturne mjere i mjere praćenja. Međutim, postoje i druge klasifikacije. Primjerice govori se i o mjerama informiranja, nadalje, provodi se subklasifikacija mjera praćenja na "čiste" mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije i kvazimjere praćenja. Pored toga, uočena je i svojevrсна zbrka u definiranju kada je o kojoj vrsti mjere riječ. Tako se mjere praćenja u pojedinim izvorima označavaju i kao kvazistrukturne mjere.

<sup>42</sup> V. o tome Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika predviđenim Uredbom Vijeća (EEZ) 4064/89 (*Commission Notice on remedies acceptable under Council regulation (EEC) No 4064/89 and under Council Regulation EEC 447/98, OJ C 68, 2.3. 2001*) te nacrt revidirane Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika prema Uredbi Vijeća (EEZ) br. 139/04 i prema Uredbi Komisije br. 802/2004 od 14. 04. 2007. DOJ i FTC objavili su 2004. godine tzv. *Policy Guide to Merger Remedies*, s detaljnim opisom mjera i načinima njihove implementacije. Dostupno na <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/205108.htm>.

<sup>43</sup> Sud EZ je u predmetu Gencor (Case T- 102/96 (1999) ECR II-753) zauzelo gledište da prednost treba, kada je god to moguće, dati strukturnim mjerama. Potom je istovjetno stajalište iznio i u Obavijesti prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika (v. toč. 9).

Ovo iz razloga jer tada nije potrebno osigurati kontinuirani nadzor nad sudionicima koncentracije u cilju utvrđivanja drže li se dogovorenog, a što je slučaj kada nadležno tijelo za ocjenu koncentracije prihvati preuzetu obvezu sudionika da će se suzdržati od nekog ponašanja ili omogućiti pristup sirovinama ili ključnoj tehnologiji drugim konkurentima, kako bi se tržišno natjecanje neometano odvijalo.<sup>44</sup>

Međutim, u pojedinim slučajevima poduzimanje strukturnih mjera nije moguće ili nije ni nužno.

Tada se smatra da treba usvojiti onu mjeru koja će na odgovarajući način ukloniti postojeći ili mogući problem.<sup>45</sup>

Pri tome se u stranoj doktrini uobičajeno ističe da se pri izricanju odgovarajuće mjere nadležna tijela trebaju rukovoditi dvama načelima, načelom proporcionalnosti i načelom prema kojem predložena mjera mora u potpunosti ukloniti potencijalni problem konkurencije.

Prema prvom načelu proporcionalnosti, predložena mjera mora biti proporcionalna problemu konkurencije.

Odnosno, drugačije rečeno, predložena mjera ne smije nametati sudionicima koncentracije nepotrebna i prekomjerna ograničenja, koja nisu nužna za ostvarenje cilja koji se želi ostvariti poduzimanjem mjere.<sup>46</sup>

Primjerice, ako provedbom koncentracije dolazi do ograničavanja konkurencije na samo jednom od više mjerodavnih tržišta, tada poduzeta mjera treba pridonijeti rješavanju spornog problema samo na mjerodavnom tržištu na kojem se utvrdilo da koncentracija može dovesti do slabljenja konkurencije i ograničavanja slobodnog tržišnog natjecanja.

Prema drugom načelu, predložena mjera mora: (i) predstavljati trajno rješenje problema za koji se smatra da bi nastupio provedbom koncentracije te (ii) mora biti izvjesno da je provođenje mjera moguće i to u kratkom roku i maksimalno učinkovito<sup>47</sup>.

U tom smislu neprihvatljivim treba smatrati:

- (i) predlaganje mjera koje rješavaju postojeći problem, ali koje s druge strane dovode do stvaranja novih problema konkurencije koji ranije nisu postojali,

---

U nas takvo gledište proizlazi iz Naputka u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, op. cit., bilj. 16.

<sup>44</sup> Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika, op. cit., bilj. 37., toč. 9.; Vidi u tom smislu i Naputak AZTN u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracije poduzetnika, op. cit., bilj. 19.

<sup>45</sup> Sud EZ je povodom žalbe sudionika koncentracije u predmetu Gencor naveo da se prijenos licencije ili druga mjera koja po pravnoj prirodi nije strukturna, a kojom se rješava sporni problem konkurencije, ne može *a priori* isključiti kao odgovarajuća pravna mjera.

<sup>46</sup> Drautz, G., *Remedies Under the Merger Regulation*, u knjizi *Mergers & Acquisitions and Joint Ventures*, ed. by Hawk, B., Fordham Corporate Law Institute, 2004., str. 120.

<sup>47</sup> Ibidem.

- (ii) mjere koje predstavljaju samo djelomično rješenje naznačenog problema,
- (iii) mjere za koje je izvjesno da ih stranke neće moći provesti u razumnom roku,
- (iv) mjere za koje je izvjesno da ih stranke, sudionici koncentracije zbog bilo kojih razloga uopće neće moći provesti.<sup>48</sup>

Izbor najprikladnije mjere u većini je zakonodavstava prepušten strankama sudionicima koncentracije. U tom smislu, teret dokaza o tomu da će predložena mjera u potpunosti ili u najvećoj mogućoj mjeri ukloniti probleme konkurencije na koje je nadležno tijelo ukazalo, leži na sudionicima koncentracije, što neće uvijek biti jednostavno i dokazati.<sup>49</sup>

#### **4.1. Strukturne mjere ili mjere restrukturiranja poduzetnika**

U nedostatku zakonskog određenja, strukturne se mjere doktrinarno uobičajeno određuju opisno.

Strana doktrina određuje da se strukturnim mjerama smatraju pravne radnje i poslovne operacije kojima se sudionici koncentracije u cilju ishođenja odobrenja koncentracije, obvezuju otuđiti dio imovine ili sporni dio djelatnosti.<sup>50</sup>

Naputak AZTN samo nabraja kao primjere, neke od strukturnih mjera, bez da posebno određuje što su to strukturne mjere.

Ističe se da su to primjerice:

- prijenos (otuđenje) stečenih dionica, odnosno poslovnih udjela,
- zabrana ostvarivanja prava glasa vezanog uz dionice ili udjele poduzetnicima-sudionicima koncentracije,
- prestanak kontrole zajedničkog pothvata,
- prestanak drugih oblika kontrole,
- prodaja jedne ili više djelatnosti koje obavljaju sudionici koncentracije i
- prodaja ili prestanak korištenja dijela, ili svih nekretnina, ili imovine sudionika koncentracije<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika, op. cit., bilj. 37., toč. 6.

<sup>50</sup> Motta, M., Polo, M., Vasconcelos, H., op. cit., bilj. 36., str. 106.

<sup>51</sup> Vidi Naputak AZTN u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, op. cit. bilj. 19., str. 56.

U komparativnom pravu tržišnog natjecanja, napose u zakonodavstvu EZ i SAD-a, strukturne se mjere na jedinstven način označavaju pravnotehničkim izrazom *divestiture*<sup>52,53</sup>.

Klasičnom i najpoznatijom strukturnom mjerom smatra se prodaja poduzeća, dijela poduzeća ili društva kćeri, a tu ubrajamo i prijenos licencijske i know how, prodaju dionica ili udjela i slične poslovne transakcije<sup>54</sup>.

Provedba strukturnih mjera ima za cilj osigurati da tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu nakon provedbe koncentracije bude barem onoliko dinamično koliko je bilo prije provedbe koncentracije, odnosno poželjno je da bude i intenzivnije negoli je bilo prije provedbe koncentracije.

Prodajom dijela imovine ili sličnom mjerom nastoji se na mjerodavnom tržištu u pravilu zamijeniti poduzetnik koji je provedbom koncentracije na njemu nestao.

Njima u biti dolazi do razbijanja gospodarskog jedinstva, pravnog subjekta koji je, ili već nastao, ili tek treba nastati u postupku koncentracije i to prodajom i prijenosom dijela njegove imovine konkurentskom poduzetniku, a s ciljem smanjenja tržišne snage poduzetnika sudionika koncentracije i jačanja konkurencije na mjerodavnom tržištu na kojem je tržišno natjecanje, ili ukinuto, ili na kojem je došlo do slabljenja tržišnog natjecanja.

Međutim strukturne mjere ne moraju uvijek biti i najbolje rješenje za razrješenje nekog problema konkurencije.

Smatra se da su strukturne mjere najučinkovitija vrsta mjera:

(i) u slučaju kada je koncentracija već provedena, a ima za posljedicu trajno ukidanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu. Tada kao alternativa poništavanju poslovnih transakcija koje su dovele do koncentracije poduzetnicima preostaje jedino mogućnost preuzimanja obveza prodaje dijela imovine, ili poslovanja, ili drugih obveza, a kako bi se na mjerodavnom tržištu ponovno uspostavile pretpostavke za dinamično tržišno natjecanje,<sup>55</sup> i

<sup>52</sup> Izraz *divestiture* u prijevodu znači oduzimanje, lišavanje, odricanje od čega, Englesko-hrvatski rječnik, Filipović, Rudolf et al., Školska knjiga, Zagreb, 1983., str. 308. U pravu tržišnog natjecanja pod tim se pojmom podrazumijevaju slučajevi kada neki poduzetnik restrukturira svoju djelatnost da proda ili se na koji drugi način, lišava dijela svoje djelatnosti (npr. nekog pogona ili jednog od društava kćeri).

<sup>53</sup> Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, op. cit., A Study of the Commission's Divestiture Process, FTC, Bureau of Competition, 1999, dostupno na: <http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf>; Baer, W., Feinstein, D., Meisner, M., Fixing the problem: recent developments in US merger remedies, The Antitrust Review of the Americas, 2004., Global Competition Review, str. 50-54; Jenny, F., Guidelines for Merger Remedies-Prospectus and Principles, Antitrust Technology and Intellectual Property Conference, Berkeley Center for Law and Technology, University of California, Berkeley, 2001.

<sup>54</sup> Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika, op. cit., bilj. 37., toč. 13-22.

<sup>55</sup> Ovlašt Komisije da poništi poslovne operacije i poduzme bilo koju drugu mjeru u cilju ponovnog uspostavljanja tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu predviđena je člankom 8(4) Uredbe 139/04 koji određuje da Komisija kada utvrdi da je: "neka koncentracija (a) već bila provedena, a proglašena je neusklađenom sa zajedničkim tržištem, ili je (b) bila provedena



(ii) u slučaju kada se u drugoj fazi postupka ocjene koncentracije nedvojbeno utvrdi da je riječ o koncentraciji koju treba zabraniti. I u tom slučaju jedina alternativa zabrani provedbe koncentracije preuzimanje je obveza restrukturiranja prodajom dijela imovine ili na drugi način, iako je u potonjem slučaju stanje za nadležno antimonopolno tijelo daleko jednostavnije jer koncentracija nije provedena, pa nije potrebno djelovati u smislu uklanjanja štetnih učinaka koji su na tržištu već moguće nastupili provedbom koncentracije<sup>56</sup>.

No bez obzira na navedeno, nema dvojbe da primjena strukturnih mjera nije lišena izvjesnih problema.

Jedan je od čestih problema u svezi s primjenom strukturnih mjera taj što nije uvijek moguće pronaći odgovarajućeg kupca imovine koja se u postupku restrukturiranja nudi na prodaju<sup>57</sup>.

Sudionici koncentracije nisu u pravilu visoko motivirani da se kao kupac imovine pojavi konkurent značajne tržišne snage. Njihovi naponi u pravcu pronalazanja kupca bit će usmjereni na odabir konkurenta za kojeg znaju da se neće moći ravnopravno natjecati na tržištu.

Slijedom toga, kriteriji za odabir odgovarajućeg kupca stajališta tijela kojima je povjerena zadaća zaštite tržišnog natjecanja i sudionika koncentracije se bitno razlikuju. Dok će prvi inzistirati na pronalasku kupca koji će biti sposoban i aktivan tržišni igrač, to neće biti kriteriji kojima će se u odabiru kupca rukovoditi sudionici koncentracije.

Nadalje, jedan je od učestalih problema s kojima se susreće praksa o tržišnom natjecanju u provedbi strukturnih mjera i taj što je za samostalno djelovanje na tržištu poduzetnika, koji se pojavljuje kao kupac imovine koju prodaju sudionici koncentracije, često potrebna, barem u jednom prijelaznom razdoblju, asistencija sudionika koncentracije, koji zasigurno neće učiniti u tom pravcu više negoli je nužno.

Jačanjem konkurenta slabi njihov tržišni položaj, zbog čega sudionici koncentracije neće biti "previše" motivirani pomoći konkurentu da učvrsti svoj tržišni položaj i ojača kao tržišni takmac.

---

protivno uvjetu uz odluku koja je donesena u skladu sa stavkom 2. prema kojoj bi, da nema toga uvjeta, dotična koncentracija ispunjavala kriterij iz članak 2. st. 3... Komisija može: zahtijevati od sudionika koncentracije poništiti koncentraciju poglavito poništavanjem pripajanja ili prodaje svih stečenih udjela ili imovine, kako bi ponovo uspostavili stanje prije provedbe koncentracije; u slučajevima kada ponovna uspostava stanja prije provedbe koncentracije nije moguća poništavanjem koncentracije Komisija može poduzeti druge prikladne mjere za maksimalno uspostavljanje takvog prethodnog stanja; narediti bilo koju drugu odgovarajuću mjeru kako bi predmetni poduzetnici poništili koncentracije ili poduzeti druge mjere za maksimalno uspostavljanje prethodnog stanja u skladu sa svojom odlukom".

<sup>56</sup> Vidi o tome primjerice, Drautz, G., op. cit., bilj. 41., str. 122.

<sup>57</sup> Vidi primjerice: Ray, Patrick, *Economic Analysis and the Choice of Remedies*, u knjizi, *Merger Remedies in American and EU Competition Law*, ed.by Lévesque, François, Shelanski, Howard, Edwar Elgar Publishing Inc., str. 129-134 i dalje, Duso, T., Gugler, K., Yurtoglu, B., *EU Merger Remedies: A Preliminary Empirical Assessment*, Discussion Paper No. 81, GESY, January 2006., dostupno na [www.wiwi.hu-berlin.de/~duso/](http://www.wiwi.hu-berlin.de/~duso/).

I konačno, kao čest se problem spominje i problem suradnje koja se uspostavlja nakon provedbe koncentracije između sudionika koncentracije i njihovih konkurenata. S obzirom na to da se preuzetim mjerama sudionici koncentracije često obvezuju surađivati s konkurentom, taj odnos koji bi trebao biti uspostavljen s ciljem jačanja konkurenta često prerasta u njihovo zajedničko djelovanje na obostranu korist.

Time se zapravo stvaraju pretpostavke stvaranja zajedničkog vladajućeg položaja u smislu kako je taj pravni koncept prethodno definiran.<sup>58</sup>

#### **4.2. Mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije**

Kada poduzimanje mjera restrukturiranja nije moguće iz razloga jer primjerice ne postoji odgovarajući kupac, ili kada prodaja imovine ne rješava problem, ili kada se prodaja može negativno odraziti na ulaganja u istraživanje i razvoj, u ovim i u drugim slučajevima, sudionici koncentracije kao alternativu strukturnim mjerama, mogu predložiti provođenje ne –strukturnih ili mjera praćenja budućeg ponašanja sudionika koncentracije<sup>59</sup>.

Potonje mjere mogu biti raznovrsne. Iz teorije i prakse prava tržišnog natjecanja proizlazi da je najčešće riječ o mjerama koje se sastoje u:

(i) propisivanju određenog načina ponašanja sudionika koncentracije kroz određeno vrijeme, (ii) praćenja budućeg ponašanja sudionika koncentracije na mjerodavnom tržištu<sup>60</sup>.

Tipični primjeri ovih mjera, koje je u svojim odlukama izricala AZTN, su: obveza obavješćavanja AZTN o svakom stjecanju udjela u drugim poduzetnicima<sup>61</sup> ili obavješćavanje o povećanju cijena proizvoda nakon koncentracije,<sup>62</sup> ili obavješćavanje AZTN o promjeni distribucijskih kanala,<sup>63</sup> zabrana unošenja

<sup>58</sup> Vidi o tome i: Motta, M., et al, op. cit., bilj. 36., str. 111.-116.

<sup>59</sup> Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika, op. cit., bilj. 37., toč. 26., Vidi i: Motta, M., et al, op. cit., bilj. 36, str. 116.

<sup>60</sup> Primjerice u predmetu koncentracije Tvornice duhana Rovinj d.d. i Tvornice duhana Zadar d.d. (Rješenje AZTN od 6. listopada 1998., Klasa: UP/I-030-02/98-01/42) AZTN je izrekla niz takvih mjera koje su imale za cilj praćenje ponašanja Tvornice duhana Rovinj nakon provedene koncentracije. Cilj je izricanja takvih mjera bio spriječiti eventualno daljnje jačanje tržišnog položaja Tvornice duhana Rovinj i spriječiti zlouporabu stečenog vladajućeg položaja. Rješenjem je AZTN propisala sljedeće obveze Tvornici duhana Rovinj: (i) prijaviti AZTN svaku promjenu cijena cigareta iz asortimana sudionika koncentracije, (ii) obavijestiti AZTN o svakoj namjeri promjene distribucijskih tijekova (iii) prijaviti namjeru svakog daljnjeg povezivanja (bilo izravnim ili neizravnim stjecanjem dionica ili udjela ili s drugim poduzetnicima na teritoriju Republike Hrvatske), (iv) dostavljati na ocjenu AZTN sve ugovore o licenci i ugovore o poslovnoj suradnji sklopljene s domaćim ili stranim poduzetnicima i druge mjere.

Navedene mjere praćenja određene su na rok duži od dvije godine, odnosno do listopada 1998. do 31. prosinca 2000. godine.

<sup>61</sup> V. Rješenje AZTN u predmetu koncentracije Tvornice duhana Rovinj d.d. i Tvornice duhana Zadar d.d.; Rješenje AZTN od 6. listopada 1998., Klasa: UP/I-030-02/98-01/42, toč. VII (a).

<sup>62</sup> Ibidem, toč. V.

<sup>63</sup> Ibidem, toč. VI.

određenih odredbi u društveni ugovor,<sup>64</sup> obveza obavještanja AZTN o raskidu postojećih ugovora s nekim od dosadašnjih partnera,<sup>65</sup> obveza suzdržavanja od određenog ponašanja<sup>66</sup> i slično.

Slične primjere nestrukturnih mjera nalazimo i u praksi Komisije EZ te američkog DOJ-a i FTC-a.

Klasičan je primjer nestrukturane mjere, koji ističe Komisija EZ u svojim dokumentima, raskidanje ugovora o isključivoj distribuciji kojim se privilegiraju pojedini poslovni partneri u odnosu na druge ili preuzimanje obveze da se neće ulaziti u sklapanje ugovora kojima se daju isključiva prava<sup>67</sup>.

Posebnu kategoriju nestrukturnih mjera predstavljaju, tzv. *verical firewalls*. Poduzimanje ovih mjera karakteristično je u slučaju vertikalne koncentracije, kada se koncentracija provodi povezivanjem, primjerice proizvođača nekog proizvoda i distributera.

Tada je čest slučaj da proizvođač osim distributera s kojim provodi povezivanje snabdijeva i druge konkurente potonjeg, zbog čega su mu dostupne informacije o količini robe koju nabavlja, vrsti proizvoda koje nabavlja i slične informacije.

U potonjem slučaju mogućnost uvida u povjerljive poslovne podatke može narušiti ranije ustanovljene odnose snaga na tržištu. U takvim slučajevima koncentracija se može dopustiti ako se sudionici koncentracije obvežu da neće razmjenjivati navedene podatke o aktivnostima konkurenata (tzv. *non disclosure provision*)<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> U predmetu koncentracije Distri-press d.o.o i Europapress holidng d.o.o. AZTN je u rješenju odredila da društveni ugovor društva Distri-press ne smije sadržavati odredbe kojima se utvrđuje da skupština društva donosi odluke većinom glasova većom od  $\frac{3}{4}$ , osim u slučajevima: (a) izmjene društvenog ugovora, (b) promjene oblika ili u slučaju pripajanja i spajanja, (c) sklapanja, izmjene ili raskidanja poduzetničkih ugovora, (d) donošenja odluka o utvrđivanju godišnjeg financijskog izvješća, (e) donošenja odluka o davanju suglasnosti upravi društva za sklapanje poslova sa članovima društva ili članovima uprave ili njihovim srođnicima. V. Rješenje AZTN od 15. siječnja 2005., Klasa UP/I -030-02/2004-01/17, objavljeno u NN 11/2005., toč. I. 1.

<sup>65</sup> U predmetu koncentracije Distri-press d.o.o i Europapress holidng d.o.o. AZTN je naložila poduzetniku Distri press d.o.o AZTNa obavještavati o namjeri jednostranog raskida ugovora o distribuciji tiska sklopljenih s trgovcima na malo u svim slučajevima kada je raskid ugovora inicirao Distri press d.o.o, a druga se ugovorna strana takvom raskidu ugovora protivila. V. Rješenje AZTN od 15. siječnja 2005., Klasa UP/I -030-02/2004-01/17, objavljeno u NN broj 11/2005., toč. II. 3.

<sup>66</sup> Primjerice, u predmetu koncentracije poduzetnika UniCredito/ Allianz i Zagrebačke banke, gdje je bila riječ o zabranjenoj, a potom o uvjetno dopuštenoj koncentraciji, poduzetnik UniCredito se obvezao "suzdržati od koordiniranja poslova Splitske banke i ZABA-e, kako bi se time osiguralo da se te dvije banke i dalje efektivno natječu na hrvatskom tržištu univerzalnog bankarstva". V. Rješenje AZTN UP/I 030-02/2001-01/87.

<sup>67</sup> Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika, op. cit., bilj. 37., toč. 27.

<sup>68</sup> U izloženom je slučaju posebno izraženom pitanje mogućnosti provođenja nadzora nad time da li se sudionici koncentracije pridržavaju preuzete obveze. Njihovo pravo na komunikaciju i poslovnu korespondenciju je neupitno. Kako onda osigurati da u okviru toga ne dođe i do razmjene informacija o djelatnosti, sada njihovog zajedničkog konkurenta. Vidi više o tome: Motta, M., Polo, M., Vasconcelos, H., op. cit., bilj. 36., str. 118.

Mjere praćenja ponašanja mogu se odrediti kao samostalne mjere ili u kombinaciji s strukturnim mjerama.

Općenito se smatra da su ove mjere najprikladnije kada koncentracija još nije provedena<sup>69</sup>, a ograničavanje tržišnog natjecanja za koje se u postupku ocjene koncentracije utvrdi da će provedbom koncentracije nastupiti, nije trajno.

Međutim, primjena mjera praćenja ponašanja nije isključena niti nemoguća u slučaju već provedenih koncentracija, kada primjerice nije moguće provesti strukturne mjere i na taj način poništiti učinke već provedene koncentracije, već je jedino moguće rješenje, praćenjem njihova ponašanja, kontrolirati sudionika koncentracije i na taj način utjecati i spriječiti da sudionici koncentracije dalje jačaju svoj tržišni položaj ili zloupotrebljavaju stečeni tržišni položaj.

Nadzor nad provedbom mjera praćenja u nas ima AZTN, koja u rješenju u kojem određuje mjere praćenja ujedno propisuje i način na koji će pratiti ponašanje sudionika koncentracije i rok na koji se izriču mjere praćenja.

Nadzor se u pravilu provodi na temelju podataka koje su dužni dostaviti sudionici koncentracije, no nema razloga da AZTN i sama ne prikupi podatke iz drugih izvora i na taj način provjeri točnost podataka koji su joj dostavili sudionici koncentracije.<sup>70</sup>

Problem na koji se doktrinarno ukazuje u komparativnom pravu tržišnog natjecanja EZ u svezi s primjenom mjera praćenja ističe se i u domaćoj literaturi koja se bavi ovom problematikom, a riječ je da se dvoji u maksimalnu djelotvornost, odnosno učinkovitost mjera praćenja.

Iskustvo AZTN pokazuje da će mjere praćenja dati rezultate samo ako je riječ o poduzetniku koji je i inače discipliniran, odnosno koji nije sklon kršenju propisa o tržišnom natjecanju. No i takav poduzetnik će nakon nekog vremena početi neredovito dostavljati tražene podatke iz razloga što su njegovi zaposlenici angažirani na drugim, za njegovu djelatnost, važnijim poslovima.<sup>71</sup>

S druge strane, poduzetnici koji su i inače skloni nepoštivanju propisa o tržišnom natjecanju ignorirat će svoje obveze koje je propisala AZTN, pogotovo ako procijene da će materijalna korist, koja će proizaći iz namjernog kršenja propisanih obveza biti veća od novčanih kazni koje bi im mogao izreći nadležni sud.<sup>72</sup>

Pored navedenog, poseban problem u primjeni mjera praćenja je osiguranje nadzora nad provođenjem mjera.

Mjere se određuju na određeni rok, odnosno na određeno vrijeme.

Koliko će dugo trajati propisana mjera ili mjere određuje se u svakom konkretnom slučaju koncentracije, a to će ovisiti o stvarnim uvjetima na tržištu i

<sup>69</sup> Cerovac, M., Postupak ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika: Mjere koje mogu propisati antimonopolna tijela, dostupno na [http://www.aztn.hr/pdf/clanci/Cerovac\\_ocjdopknc.pdf](http://www.aztn.hr/pdf/clanci/Cerovac_ocjdopknc.pdf), str. 12.

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> Cerovac, Mladen, op. cit., bilj. 64., str. 14.

<sup>72</sup> Ibidem.

drugim gospodarskim okolnostima koje bi mogle biti od utjecaja na održavanje mjera praćenja na snazi.

ZZTN, niti u radu drugi razmatrani poredbeni propisi, ne propisuje najkraći niti najduži rok u kojem bi izrečene mjere morale biti na snazi.

U Napatku u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija kao instruktivan rok se navodi rok od tri godine<sup>73</sup>.

U roku koji AZTN propiše u rješenju u kojem se određuju mjere praćenja, AZTN je dužna provoditi stalan nadzor nad pridržavanjem mjera od strane sudionika koncentracije, za što je potreban i stručan i brojnik kadar, a što se navodi da je vrlo problematično i logistički i materijalno bolje ustrojenim tijelima, kao što je Komisija EZ.

Stoga je jasna sklonost i opredjeljenje AZTN, ali i Komisije EZ za izricanjem strukturnih mjera, koje su u naravi takve da njihovom provedbom dolazi do trajnog i konačnog rješavanja problema, zbog čega ne postoji potreba za eventualnim daljnjim praćenjem ponašanja sudionika koncentracije.

#### **4.3. Kvazistrukturne mjere**

Treća su vrsta mjera koje spominju domaći i poredbeni pravni izvori prava konkurencije, tzv. kvazistrukturne mjere, hibridne mjere ili kombinacija mjera praćenja ponašanja i strukturnih mjera.

U domaćoj literaturi i praksi, osim u rečenom Napatku AZTN, gotovo da ne postoji izvor iz kojeg bi se moglo crpiti saznanja o ovoj problematici, a značajno se manje problematikom ovih vrsta mjera bavi i poredbena doktrina.

U komparativnom se pravu tržišnog natjecanja EZ kao neki od primjera ove vrste mjere navode: prodaja dijela imovine uz preuzimanje obveze sklapanja ugovora kojim se prenosi na stjecatelja imovine i pravo iskorištavanja predmeta licencije vezano uz mogućnost iskorištavanja imovine ili prodaja imovine uz istodobno preuzimanje obveze sklapanja s novim kupcem ugovora o isporuci neke robe i/ili usluge pod nediskriminirajućim uvjetima, preuzimanje obveze pružanja tehničkih ili intelektualnih usluga konkurentskom poduzetniku kroz određeno vrijeme i druge mjere<sup>74</sup>.

Kombinaciji mjera praćenja i strukturnih mjera pribjegava se samo u slučajevima kada se optimalni rezultati za rješenje problema konkurencije ne mogu postići izricanjem samo strukturnih mjera ili samo mjera praćenja.

Primjerice, ako sudionici koncentracije preuzmu obvezu prodaje jednog od društava kćeri, čiji je daljnji opstanak na tržištu pod novom upravom, odnosno upravom kupca, zavisao od opskrbe sirovinama koju proizvode sudionici koncentracije, tada će se osim mjere kojom se nalaže prodaja društva kćeri morati izreći i mjera kojoj će biti cilj osiguranje daljnje opskrbe (bivšeg društva

<sup>73</sup> Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, op. cit., bilj.19., str. 55.

<sup>74</sup> V. o tome: Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika prema Uredbi Vijeća (EEZ) 4064/89, op. cit., bilj. 37.

kćeri), sirovinama važnim ili ključnim za proizvodnju u cilju njegova opstanka na mjerodavnom tržištu nakon provedbe koncentracije, koja je u naravi mjera praćenja ponašanja sudionika koncentracije.

Kao primjer iz prakse AZTN može se navesti predmet koncentracije između poduzetnika Europapress holdinga d.o.o. i Slobodne Dalmacije d.d.

AZTN je u ovoj uvjetno dopuštenoj koncentraciji izrekla kao strukturnu mjeru, obvezu prodaje udjela koje je Europaress holding d.o.o. imao u Tisku i to u roku od šest mjeseci od dana sklapanja ugovora kojim isti poduzetnik stječe udjele u Slobodnoj Dalmaciji d.d, te je pored toga, AZTN u navedenom rješenju odredila i da nakon prodaje udjela u Tisku d.d. poduzetnik Europapress holding d.o.o. neće u roku dvije godine, od dana donošenja rješenja, AZTN raskidati ugovore o distribuciji koje je imao sklopljene s drugim distributerima tiska, uključujući i ugovore koje je sklopio s Tiskom d.d.<sup>75</sup>

### 5. Institut povjerenika

Provedba strukturnih mjera i mjera praćenja ponašanja sudionika u pravilu je neizvjesna ishoda. Samim prihvaćanjem ili predlaganjem mjere od strane sudionika koncentracije zapravo tek započinje rješavanje složenog problema.

Česte su situacije da se sudionici koncentracije, unatoč obećanju da će postupiti na odgovarajući način, nakon donošenja odluke o dopuštenosti koncentracije, ne pridržavaju preuzetih obveza.

Stoga su u cilju osiguranja nadzora nad provedbom izrečenih mjera, suvremena zakonodavstva o tržišnom natjecanju, prihvatila "institut povjerenika".

"Institut osobe povjerenika" prihvaćen je i u praksi AZTN, što proizlazi iz Naputka u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija<sup>76</sup> i iz prakse AZTN, međutim zakonodavno, ovo pitanje kod nas nije riješeno.

ZZTN ne sadrži niti jednu odredbu iz koje bi se dalo naslutiti da takav pravni institut uopće postoji u našem pravu tržišnog natjecanja, dok rečeni Naputak sadrži tek temelje.

U pravu tržišnog natjecanja EZ, ovo je pitanje temeljno uređeno u Obavijesti Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje poduzetnika predviđenim Uredbom 4064/89 i to vrlo iscrpno, s jasnim i definiranim pravima i obvezama osobe koja prihvati posao povjerenika.

Osnovna je zadaća povjerenika, kako proizlazi iz komparativnih pravnih vrela prava tržišnog natjecanja, osigurati monitoring i izvještavati o dinamici i opsegu izvršenja preuzetih obveza od strane sudionika koncentracije, nadležno tijelo.

U pravu tržišnog natjecanja EZ, povjerenik ima još jednu bitnu funkciju, a to je prodaja imovine (*divestiture*) koju su se obvezali otuđiti sudionici koncentracije

<sup>75</sup> Rješenje AZTN od 27. srpnja 2004., Klasa UP/I-030-02/2004-01/33.

<sup>76</sup> Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracije, op. cit., bilj. 19., str. 57. i 58.



u cilju ishođenja odobrenja za provedbu koncentracije, ako oni to ne učine u zadanom roku.

Međutim, uloga će i zadaci povjerenika biti zavisni od okolnosti konkretne koncentracije.

Posao povjerenika, redovito je vrlo zahtjevan i složen. Stoga se u poredbenoj praksi prava tržišnog natjecanja, osobom povjerenika sve češće imenuju trgovačka društva koja se bave financijskim poslovanje, primjerice banke ili osiguravajuća društva.

Moguće je i dopušteno da povjerenika predlože i samo sudionici koncentracije. No u svakom slučaju, da bi neka osoba ispunjavala uvjete za imenovanje povjerenikom, mora biti neovisna od sudionika koncentracije, u smislu da nije kapitalno ili osobno povezana sa sudionicima koncentracije te da je riječ o osobi koja posjeduje potrebitu stručnost za obavljanje poslova koji su joj stavljeni u nadležnost.<sup>77</sup>

## 6. Zaključna razmatranja

Jačanje konkurentnosti poduzetnika čimbenik je koji se ne može zanemariti u današnjim uvjetima poslovanja na sve zahtjevnijem domaćem i inozemnom tržištu.

Sve intenzivnije tržišno natjecanje i sve veći zahtjevi potrošača u pravcu sniženja cijena i osiguranja bolje kvalitete robe i/ili usluga, potakli su poduzetnike da kroz koncentracije i drugim oblicima suradnje, pokušaju očuvati svoje tržišne pozicije i postanu konkurentniji u tržišnoj utakmici.

U tim nastojanjima poduzetnici koriste sve raspoložive pravne institute i tehnike, ne vodeći pri tomu računa je li takvo povezivanje legitimno i dopušteno sa stajališta propisa o tržišnom natjecanju.

Ta zadaća pripada tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja.

Njihova je temeljna zadaća osigurati neometano odvijanje tržišnog natjecanja. U ostvarenju potonjeg cilja na raspolaganu im stoje brojni instituti prava konkurencije, koji su u prvom redu usmjereni na najteže oblike ograničavanja slobodnog tržišnog natjecanja, a to su karteli.

Kada je riječ o koncentracijama, pravo tržišnog natjecanja usredotočuje se samo na koncentracije između najznačajnijih i najvećih poduzetnika na nekom tržištu, čije povezivanje može imati učinak stvaranja takvih tržišnih struktura koje mogu trajno i značajno dovesti do narušavanja odnosa slobodne konku-

<sup>77</sup> Pitanja imenovanja, položaja, prava i obveza povjerenika uređena su u sljedećim dokumentima EZ: *Commission Notice on remedies acceptable under Council regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission regulation (EC) No 447/98*, OJ C 68/3, 02. 03. 2001., toč 50- 57. i *Best Practice Guidelines: The Commission's Model Text for Divestiture Commitments and Trustee Mandate under the EC Merger Regulation*; dostupno na: [http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/trustee\\_mandate.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/trustee_mandate.pdf).

rencije. Ovakvo je gledište bezuvjetno prihvaćeno u domaćem, stranom pravu i praksi tržišnog natjecanja.

Domaće je pravo tržišnog natjecanja uzor u oblikovanju vlastitih pravnih rješenja, primarno našlo u zakonodavstvu i praksi o tržišnom natjecanju EZ.

Usklađenim razvojem prava i prakse o tržišnom natjecanju već niz godina, uspjelo se izgraditi učinkovit sustav pravnih pravila koja omogućuju dosljednu i učinkovitu provedbu politike tržišnog natjecanja u odnosu na koncentracije poduzetnika.

Iako je opća ocjena, da je domaće pravo tržišnog natjecanja uglavnom na razini pravnih rješenja koja su na snazi u svim najsuvremenijim zakonodavstvima o tržišnom natjecanju, istraživanje provedeno u radu potvrdilo je da neke postojeće pravne koncepte ipak treba posebno preispitati, dodatno ili detaljnije regulirati ili, pak osuvremeniti te prilagoditi mijenama koje su obilježile razvoj prava tržišnog natjecanja u svijetu u posljednjih nekoliko godina.

U radu se tako, na niz mjesta ukazuje na odstupanja koja nalazimo u ZZTN u odnosu na rješenja koja su na snazi prvenstveno u zakonodavstvu o tržišnom natjecanju EZ.

Tako se primjerice, ukazuje na neadekvatnost pravnog rješenja prema kojem se određuju kriteriji za prijavu namjere provedbe koncentracije AZTN<sup>78</sup>.

U nas je za razliku od drugih zakonodavstava, na snazi kriterij ukupno ostvarenog prihoda, a ne prometa. Ovo je jedno od rješenja koje svakako ubuduće treba ili preispitati, a ocjenjuje se i izmijeniti<sup>79</sup>.

Nadalje, ukazuje se i na novi pravni standard na temelju kojeg se u zakonodavstvu o tržišnom natjecanju EZ određuje pojam zabranjenih koncentracija. Riječ je o tzv. SLC kriteriju. Prema istom, zabranjenim se smatraju one koncentracije čiji se krajnji učinak na mjerodavnom tržištu manifestira kao značajno slabljenje tržišnog natjecanja.

Usvajanjem ovog novog kriterija, u zakonodavstvu EZ napušten je raniji kriterij, tzv. kriterij vladajućeg položaja (dominance test), koji je s druge strane, po formulaciji vrlo sličan onome iz našeg ZZTN.

Iako ova različitost, primarno lingvističke naravi, nema za ishod manje učinkovit postupak ocjene koncentracije u domaćoj praksi o tržišnom natjecanju, ipak se predlaže prilagodba domaćeg rješenja onome koje je na snazi u zakonodavstvu EZ<sup>80</sup>.

Potom, jedna je od stvari na koju se u radu ukazuje i djelomična neusklađenost pravnog pojma koncentracija iz ZZTN s odredbom Uredbe 139/04 EZ koja regulira isto pitanje.

U pravu tržišnog natjecanja EZ u određenju neke pojave koncentracijom, težište je na pravnom konceptu kontrole (nadzora). Ukoliko dakle, neka poslovna operacija za posljedicu ima promjenu ili stjecanje nadzora nad ranije

<sup>78</sup> Vidi o tome u radu toč. 3.1.

<sup>79</sup> Ibidem.

<sup>80</sup> Vidi o tome u radu pod točkom 2.2. i bilj. 19.

pravno samostalnim poduzetnikom smatra se da ista za učinak ima koncentraciju poduzetnika.

U nas se pojave koncentracija ipak nešto uže tumače. U tom smislu, riječ je o jednom od rješenja koje sljedećom izmjenom domaćeg zakonodavstva o tržišnom natjecanju treba preformulirati i osuvremeniti na način da obuhvati i one najsuvremenije pravne institute i tehnike koje služe kao pravni instrument za provedbu koncentracije.<sup>81</sup>

I konačno, u odnosu na središnje pitanje rada, a to su mjere restrukturiranja i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije, uočeno je da je riječ o pravnom institutu koji je reguliran tek jednom jedinom zakonskom odredbom. U tom smislu se izvodi nepobitan zaključak da je riječ o materiji koja je pravno podregulirana, a u svakom smislu iznimno važna za pravno reguliranje materije o koncentracijama. Stoga se ocjenjuje da ovo *pro futuro* pitanje treba detaljnije regulirati.

U uvjetima globalne konkurentnosti, gdje je jačanje konkurentnosti poduzetnika okosnica gospodarske politike svake države, razmatrane su mjere itekako važan balans za uspostavljanje ravnoteže između provedbe politike tržišnog natjecanja i politike gospodarskog razvoja.

Osim toga, kada je riječ o koncentracijama, pravo tržišnog natjecanja uvažava činjenicu da koncentracije mogu rezultirati inovacijama, smanjenjem troškova proizvodnje, unaprjeđenjem proizvodnje i drugim pogodnostima za potrošače i društvo u cjelini. Stoga se u slučaju koncentracija, kada god je to moguće, nastoji iznaći rješenje za mogući problem konkurencije koji bi nastupio uslijed koncentracije.

Potonje su mjere, kao pravni mehanizam za rješavanje problema konkurencije naišle na punu afirmaciju od strane svih sudionika koji su na neki način uključeni u neki postupak koncentracije, u svim relevantnim zakonodavstvima i državama koje provode suvremenu politiku tržišnog natjecanja.

Primijenjene su u većem broju slučajeva i u našoj praksi prava tržišnog natjecanja, a na što se u radu na konkretnim primjerima i ukazalo.

Važnost razmatranih mjera u prvom redu se ogleda u činjenici da se na taj način omogućuje provedba koncentracije uz uklanjanje problema konkurencije, i to kada god je razvidno da narušavanje tržišnog natjecanja, koje bi nastupilo provedbom koncentracije, nije takvih razmjera da koncentraciju treba bezuvjetno zabraniti.

## *Literatura*

1. Banks, K., *Merger and Partial Mergers under EEC Law*, u knjizi, *Mergers & Acquisitions and Joint Ventures*, ed. Hawk, B., Fordham University School of Law, Juris Publishing Inc., 2004.

<sup>81</sup> Vidi o tome u radu pod točkom 2.1.

2. Korah, V., *EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, Oxford –Portland Oregon, 8th ed, 2002.
3. Venit, J., *The Treatment of Joint Ventures under the EC Merger regulation-Almost through the thicket*, u knjizi, *Mergers & Acquisitions and Joint Ventures*, ed. Hawk, B., Fordham University School of Law, Juris Publishing Inc., 2004.
4. Petrović, S., Ružić, T., *Koncentracija banaka*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 9/2001.
5. Mlikotin Tomić, D., *Uvod u primjenu Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja –koncentracije*, Računovodstvo i financije, br. 12, Zagreb, 1995.
6. Ceveat, A., *Horizontal Mergers and “Failing Firm” defense Under Section 7 of Clayton Act*, 45 Va.L.Rev. 421, 1959.
7. Paredes, T., *Turning the Failing Firm Defense Into a Success: A Proposal to Revise the Horizontal Merger Guidelines*, 13 Yale L. J. on Reg. 347, 1996.
8. Ghosh, S., *Relaxing Antitrust During Economic Downturns: A Real Options Analysis of Appalachian Coals and the Filing Firm Defense*, 68 Antitrust L.J. 115, 2000-2001.
9. Riesenkauff, A., *The New EC Merger Control Test under Article 2 of the Merger Control Regulation*, 24 Nw.J.Int’l L. & Bus. 715, 2003-2004.
10. Amato, G., *Antitrust and Bounds of Power*, Hart Publishing, Oxford, 1997.
11. Gellhorn, E., *Antitrust Law and Economics*, West Publishing Company, 1981.
12. Leary, T., *The Essential Stability of Merger Policy in the United States*, u knjizi *Merger remedies in American and European Union Competition law*, ed. by Lévêque, F., Shelanski, H., Edward Elgar Publishing, 2003., str. 13-48.
13. Motta, M., Polo, M., Vasconcelos, H., *Merger remedies in the EU: An Overview*, u knjizi Lévêq, F., Shelanski, Howard, *Merger Remedies in American and EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing Inc., 2003.
14. Drautz, G., *Remedies Under the Merger Regulation*, u knjizi *Mergers& Acquisitions and Joint Ventures*, ed. by Hawk, B., Fordham Corporate Law Institute, 2004.
15. Duso, T., Gugler, K., Yurtoglu, B., *EU Merger Remedies: A Preliminary Empirical Assessment*, Discussion Paper No. 81, GESY, January 2006., dostupno na: [www.wiwi.hu-berlin.de/~duso/](http://www.wiwi.hu-berlin.de/~duso/).
16. Cerovac, M., *Postupak ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika: Mjere koje mogu propisati antimonopolna tijela*, dostupno na: [http://www.aztn.hr/pdf/clanci/Cerovac\\_ocjodopkonc.pdf](http://www.aztn.hr/pdf/clanci/Cerovac_ocjodopkonc.pdf)

### ***Zakonski tekstovi:***

1. Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN broj 122/03.
2. Uredba Vijeća EZ-a br. 139/04 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika, Službeni list L 24, 29/01/2004.
3. Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 395, 30/12/1989.
4. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ C 31, 05.02.2004, p. 5-18.

5. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Siebenter Abschnitt, Zusammenschlusskontrolle, §§ 37, Zusammenschluss, 1990.
6. Code de commerce, Livre IV, Titre III, De la concentration économique, L 430-1, I.
7. Hart –Scott Rodino Antitrust Improvement Act, 15 U.S.C. § 18a
8. Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentration between undertakings OJ L 133/1, 30. 04. 2004.
9. Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika, AZTN, Zagreb, studeni, 2005.
10. Horizontal Merger Guidelines 1997., U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, April 2. 1992, revised April 8. 1997., dostupno na: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>.
11. Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama i uvjetima za restrukturiranje koncentracija poduzetnika predviđenim Uredbom Vijeća (EEZ) 4064/89 (Commission Notice on remedies acceptable under Council regulation (EEC) No 4064/89 and under Council Regulation EEC 447/98, OJ C 68, 2.3. 2001.
12. Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, A Study of the Commission's Divestiture Process, FTC, Bureau of Competition, 1999, dostupno na: <http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf>.

## Summary

### **THE LEGAL REGIME GOVERNING MERGERS IN THE EC AND CROATIAN COMPETITION LAW PAYING SPECIAL ATTENTION TO THE STRUCTURAL REMEDIES AND BEHAVIOURAL REMEDIES**

The article analyses the actual issues on merger, giving a special attention to structural remedies and behavioural remedies which have been taken in cases of disputable concentrations.

The merger, as one of the three institutes being dealt with the Competition Law and practice, presents a forbidden act of Competition Law if its effect upon the market is a creation and/or enforcement of dominant position and weakening market competition.

With the aim to determine possible effects of a merger on the market competition, as well as to prevent development of negative consequences on market competition caused by a certain merger, a merger control procedure has been implemented in all modern legislations.

The aim of the procedure is, first of all, to prevent such mergers causing limitative and ill effects on free market competition, which were determined during their review procedure. Nevertheless, recently, paying attention to the necessity of enforcing the entrepreneurs' competitiveness in conditions

of dynamic market competition, the merger review procedure is frequently terminated in a way that participants in some disputable mergers change merger conditions and by arrangement with an authorised body settle a disputable merger issue.

The above described actions are taken by determination of one or more remedies: structural remedies and behavioural remedies.

The indicated remedies are precisely the central issue of this article. They have been present in Competition Law domestic and foreign legal practice over the years. What is involved here is a particularly important instrument of the Competition Law. The result of remedies application is a much needed balance and fulfilment of Competition Law goals and entrepreneurs' rights to free association and connection with other entrepreneurs.

**Key words:** *Competition Law, merger control, conditionally approved mergers (disputable mergers), structural remedies, behavioural remedies.*

#### Zusammenfassung

### **RECHTSORDNUNG FÜR DIE UNTERNEHMERKONZENTRATION IM MARKTWETTBEWERBSRECHT DER EG UND KROATIENS UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER MASSNAHMEN ZUR RESTRUKTURIERUNG DER KONZENTRATION UND MASSNAHMEN ZUR VERHALTENSBEOBSACHTUNG DER KONZENTRATIONSBETEILIGTEN**

In der Arbeit wird die aktuelle Problematik der Konzentrationen betrachtet, besonders die Maßnahmen zur Restrukturierung der Unternehmer und Maßnahmen zur Verhaltensbeobachtung der Konzentrationbeteiligten, wozu man im Falle umstrittener Konzentrationen Zuflucht nimmt. Unternehmerkonzentration als eines der drei Institute mit denen sich Wettbewerbsrecht und –praxis beschäftigt stellt die verbotene Tat des Wettbewerbsrechts dar, wenn seine Wirkung auf dem Markt die Schaffung und /oder Stärkung der herrschenden Stellung und die Schwächung des Marktwettbewerbs ist. Um mögliche Wirkungen der Konzentration auf dem Marktwettbewerb festzustellen, aber auch um dem Auftreten schädlicher Folgen dieser Konzentration zuvor zu kommen, wird in allen zeitgenössischen Gesetzgebungen zum Wettbewerb das Verfahren der Konzentrationskontrolle durchgeführt.

Ziel eines solchen Verfahrens ist es, vor allem jene Konzentrationen zu verhindern, bei deren Beurteilung sicher ist, dass diese einschränkend und



schädlich auf den freien Marktwettbewerb wirken werden. Allerdings wird in neuerer Zeit - indem die Wichtigkeit der Stärkung von Unternehmerkonzentration unter den Bedingungen eines dynamischen Marktwettbewerbs befürwortet wird - das Verfahren der Beurteilung der Unternehmerkonzentration oft auf die Weise beendet, dass die Beteiligten an einer umstrittenen Konzentration die Bedingungen der Konzentration verändern und in Absprache mit dem Aufsichtskörper das Problem der umstrittenen Konzentration lösen

Das wird erreicht indem man eine oder mehrere Maßnahmen zur Restrukturierung (structural remedies) und Maßnahmen der Verhaltensbeobachtung des Konzentrationsbeteiligten (behavioural remedies) festlegt.

Gerade die angeführten Maßnahmen sind das Zentralproblem dieser Arbeit. In der In- und Auslandpraxis des Wettbewerbsrechts sind sie schon eine Reihe von Jahren präsent. Es handelt sich um ein außerordentlich wichtiges Instrument des Wettbewerbsrechts. Durch seine Anwendung erreicht man über die nötige Balance und Befriedung der Ziele des Wettbewerbsrechts auch die Rechte des Unternehmers auf freie Vereinigung und Verbindung mit anderen Unternehmern

**Schlüsselwörter:** Wettbewerbsrecht, Konzentrationskontrolle, bedingt erlaubte Konzentrationen (umstrittene Konzentrationen), Maßnahmen zur Restrukturierung des Unternehmers, Maßnahmen zur Verhaltensbeobachtung des Konzentrationsbeteiligten.

## Sommario

### **REGIME GIURIDICO PER LA CONCENTRAZIONE DI IMPRENDITORI NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UE E DELLA CROAZIA CON PARTICOLARE ATTENZIONE PER LE MISURE DI RISTRUTTURAZIONE DELLE CONCENTRAZIONI E PER LE MISURE DI MONITORAGGIO DEL COMPORTAMENTO DEI PARTECIPANTI ALLA CONCENTRAZIONE**

Nel lavoro si prendono in considerazione le attuali questioni sulla concentrazione, con particolare attenzione per le misure di ristrutturazione delle concentrazioni e delle misure di monitoraggio del comportamento dei partecipanti alla concentrazione, alle quali si ricorre in caso di concentrazioni controverse.

Le concentrazioni di imprenditori, intese quali uno dei tre istituti di cui si occupa il diritto e la prassi della concorrenza, rappresentano una pratica vietata del diritto della concorrenza se il loro effetto sul mercato porta alla realizzazione

e/o al consolidamento della posizione dominante ed all'indebolimento della competizione di mercato.

Affinché possano individuarsi i possibili effetti della concentrazione sulla competizione di mercato, ma anche per prevenire il verificarsi di conseguenze dannose di una concentrazione sulla competizione di mercato, in tutte le legislazioni attuali sulla concorrenza si svolge un procedimento di controllo sulle concentrazioni.

Lo scopo di tale procedimento è, in primo luogo quello di prevenire quelle concentrazioni, che nel corso del procedimento della loro valutazione sono certamente ritenute come limitanti e dannose per la competizione di mercato. Tuttavia, in tempi più recenti, sostenendo la necessità del rafforzamento della competitività degli imprenditori in condizioni di una dinamica competizione di mercato, il procedimento di valutazione della concentrazione spesso si conclude in modo che i partecipanti di una qualche concentrazione dubbia modificano le condizioni della concentrazione e in accordo con l'organo competente risolvono la controversa questione della concorrenza.

Un tanto si raggiunge, stabilendo una o più misure: la misura della ristrutturazione (*structural remedies*) e la misura del monitoraggio del comportamento dei partecipanti alla concentrazione (*behavioural remedies*).

Proprio siffatte misure costituiscono l'oggetto del presente lavoro. Sono presenti come nella prassi interna, così anche in quella straniera del diritto della concorrenza già da diversi anni. Si tratta di uno strumento di estrema importanza nel diritto della concorrenza. Attraverso la loro applicazione si raggiunge un equilibrio necessario, come pure un soddisfacimento quanto degli scopi del diritto, tanto dei diritti degli imprenditori alla libera associazione ed al collegamento con altri imprenditori.

**Parole chiave:** *diritto della concorrenza, controllo della concentrazione, autorizzazione condizionata alla concentrazione (concentrazioni controverse), misure di ristrutturazione delle concentrazioni, misure di monitoraggio del comportamento dei partecipanti alla concentrazione.*